

MANIFIESTO JVRIDICO,

POR EL HOSPITAL DE LA SANGRE EXTRA-MVROS DE ESTA CIVDAD.

EN RESPVESTA,

DEL HECHO POR DON FABIAN de Zurita, Presbitero Capellan, de las Capellanias de Manuel Diaz de Roxas,

EN EL PLEYTO,

Sobre el reconocimiento de vn Tributo perpetuo de 20ij. mrs. cada año.

REFERIDO YA EL HECHO POL EL CAPELLAN, omite el Hoſpital repetirlo, y ſolo le parece preciſſo hazer algunas prevenciones ajuſtadas à los Autos, que tiene por conducentes à ſu defenſa.

1. Por Eſcriptura (fol.275.)conſta, que en 19.de Febrero de 1533. Don Jorge de Portugal, Conde de Gelves, diò à cenſo perpetuo *emphyteuſis* para ſiempre, à Gonzalo Miguèl Frutero, vezino de eſta Ciudad, vna Huerta, con ſu playa, y arboles en la Isla de la Garza, con cargo de 23ꝟ. mrs. cada año, con ciertas condiciones, y entre ellas, que ſi dos años continuos el dicho Gonzalo Miguèl, dexaſſe de pagar dicho Cenſo, la Huerta, y las mejoras en ella hechas avian de caer en comiſſo, y quedar para dicho Conde, quien ſe deſapoderò, para ſiempre, del dominio vtil de ella, y lo transfiriò en dicho Frutero, reſervando para ſi, y ſus Sucesſores el dominio directo. Cuya eſcriptura fuè aceptada en eſta forma por dicho Frutero.

2. Por Eſcriptura (f.22.) conſta,que en 25. de Junio de 1571. D. Aguſtina de Alcazar, vendiò à el Hoſpital de la Sangre 20ꝟ. mrs. de renta perpetua cada año, que a ella avia vendido el Conde de Gelves,de el Cenſo, q̃ le pagaba ſobre la referida Huerta dicho Frutero, en precio de 480ꝟ. mrs. que percibiò de dicho Hoſpital, à quien lo transfiriò ſegun, y como ella lo tenia, y huvo de dicho Conde, por la citada venta.

3. Por Eſcriptura (f.4.) conſta,que en 2. de Julio de dicho año,el referido Frutero reconociò à favor de el Hoſpital el expreſſado Cenſo, ſe obligò à ſu paga,y à guardar, y cumplir las condiciones, penas, y comiſſos contenidas en la Eſcriptura, en que dicho Conde le diò la Huerta. En la miſma forma reconocieron dicho Cenſo à favor de el Hoſpital otros Poſſeedores, como conſta, (f. 8. 10. 12. 16. y 19.) declarando todos ſer ſabidores de las condiciones, penas, y comiſſos de la Eſcriptura de creacion; y entre ellos (f. 366. R. 1.) el miſmo Franciſco Carvallo, reo concurſado, quien cita la referida dacion à cenſo.

4. Aſsimiſmo ſe previene, que de la condicion de la poſtura hecha por el Albacea de Manuel Diaz de Roxas, de aver de quedar redimidos los tributos perpetuos, que ſobre ſi tenia dicha Huerta, y demàs pujas, que entre eſte, y D. Geronymo de Buſtamante huvo, y poſſeſsion, que pidiò el Albacea, no ſe diò

trasla-

traslado à el Hospital, y solo se hizo saber à su Procurador el mandado dàr de el amparo, que se pidiò; y sin aver dicho Procurador tomado los Autos, ni acusadosele rebeldia alguna, se vieron, y se mandò dàr, y diò el amparo.

5. Vltimamente se previene, que en 18. de Marzo de 1711. (f.242.) el Hospital del Amor de Dios de esta Ciudad, diò pedimento en estos Autos, refiriendo aver sido graduado en segundo lugar, por vn Censo perpetuo de 3830. mrs. cada año, sobre seis aranzadas de tierra en dicha Isla de la Garza, de que pidiò adjudicacion, para el pago de su principal, y reditos; Lo que se contradixo por dicho Albacea, con el motivo, de que aviendose rematado dichas tierras, y Huerta con la calidad, de que los tributos perpetuos se avian de redimir, y para este efecto depositado todo el valor del remate, cumpliò con el deposito, y el Hospital no tenia yà accion contra las tierras. A que respondiò, que aunque diò à tributo perpetuo las tierras, reservò en si su dominio directo, y que no consitiò en la condicion de la postura, ni era capàz de hazerlo, como ni su Procurador, ni Administrador; pues aun consintiendo estos, no subsistiera, por ser expressamente prohibida por derecho la enagenacion; y que por lo que mira à el remate, quando se citò à Jacinto Assencio, yà no tenia poder. Con lo qual por Auto de Vista, se adjudicaron dichas tierras à el referido Hospital, en la cantidad de su aprecio, en cuenta, y parte de pago de su credito.

6. De este se suplicò por dicho Albacea, y por D. Fabian de Zurita, como Capellan de dichas Capellanias, repitiendo lo expressado en dicha instancia, y que vnicamente podia pedir el Hospital su tributo, *que estaban promptos à reconocer sobre las tierras, en que estaba impuesto, y à pagar sus corridos desde el dia, que se tomò la possession, y amparo de ellas, y no que estas se le adjudicassen*; porque aviendo el Albacea depositado la cantidad de su precio, *aunque sea de su cuenta la decoccion de la Caxa de plata, donde se depositaron los 3U112. rs. principal de dicho Censo, que no debiò depositar*, era de la de el Hospital el residuo, hasta los 4U455. rs. que por entonces avia de aver por reditos de su Censo; pues esta cantidad debiò depositarla el Albacea, y el Hospital percebirla. Por quien se alegò, que la quiebra de la Caxa no era de su cuenta, y mas quando por el Albacea, muchos dias despues, se diò pedimento, para que los Acreedores substanciassen

sen el Concurso, y hiziessen las subrogaciones; y que de no, pondria cobro en el dinero depositado, y bolveria la Huerta à el Concurso. Con esto en Revista, atento à el allanamiento hecho por el Albacea, y Capellan, se reformò el Auto de Vista, y se declarò cumplian estos reconociendo el tributo à favor de el Hospital, hasta en los 3y830. mrs. de reditos. Esto supuesto.

7. Dirigese la pretencion de el Hospital de la Sangre, à que el dicho Capellan le otorgue Escriptura de reconocimiento de su Censo, por estàr obligado à ello, como posseedor de la referida Huerta, fundado, en que todo el que possee alhaja gravada con censos, debe reconocerlos à favor de el señor de ellos, y pagar sus reditos. *D. Covarr. lib. 3. vàr. cap. 7. n. 6. D. Salg. in Labyr. 3. part. cap. 3. n. 7. Felician. de cens. lib. 3. cap. 6. n. 2. D. Molin. de primog. lib. 1. cap. 27. n. 8 Duard. de cens. decis. 54. n. 2. & Cens. de cens. eod. loc.* A lo qual se opone por el Capellan, no tener oy esta obligacion, por estàr el Censo redimido, que es à lo que dirige todo su Manifiesto; en cuya respuesta fundarà en este el Hospital por tres distintos, y subsidiarios medios, exdiametro opuestos à las tres Conclusiones del Capellan, que el censo no està redimido. En el primero expondrà, que su censo es emphyteutico, y como tal incapàz de redempcion. En el segundo, que aunque no le repugnara, fuè nula, por defecto de las solemnidades necessarias. Y en el tercero, que aunque los antecedentes no procediessen, no pudo quedar redimido, por no aver percebido el Hospital su principal, y què la decoccion del Depositario no debe ser de su cuenta. Por los quales, y cada vno de por si, espera el Hospital la reformacion de el Auto de Vista de V. S. y que se mande, que el dicho Capellan le otorgue Escriptura de reconocimiento de su Censo.

MEDIO PRIMERO.

El Censo de el Hospital es emphyteutico, y como tal no admite redempcion, ni pudo hazerlo redimible la condicion de la postura.

8. PAra probar el Hospital ser emphyteutico su Censo, son suficientes las doctrinas, que en el num. 10. de su papel cita el Capellan, con que funda, no se debe

presu-

presumir en los contrayentes celebran otro contrato, que el que denominan, iuxta *l. qui tabernas ff. de contrah. empt. D. Molin. de primog. lib. 1. cap. 21. n. 14.* Ibi: *Taliter enim quis contrahere videtur, qualiter per nomen apellativum profertur.* (Lo mismo dixo *Cens. de censib. quæst. 49. n. 1.*) Pues con estas, manifestando el Hospital, aver los contrayentes denominado contrato emphyteusis, à el que celebraron, viene à probar claramente su assumpto, sin tomar el trabajo de valerse de mas fundamento, que de el de el Capellan.

9. Para lo qual, recurre à las palabras de la Escriptura de el num. 1. en que consta, que el Conde de Gelves, diò la Huerta à censo perpetuo emphyteusis à Gonzalo Miguèl Frutero, con el cargo de la dicha pension; con que aviendo los contrayentes denominado emphyteusis à el contrato, que celebraron, no se puede dudar, que el Censo de el Hospital es emphyteutico. *Taliter enim quis contrahere videtur, qualiter per nomen apellativum profertur.* Cuya mente de las partes, que contraxeron, por ser tan expressa, no admite interpretacion alguna, y se debe estàr à su voluntad, que siendo la de el Conde el dàr la Huerta à emphyteusis, y la de el Frutero tomarla assi, no es ampliar las palabras, ni con violencia (como dize el Capellan) aplicarlas à que signifiquen emphyteusis, antes siguiendo su rigoroso significado debe este tenerse por censo emphyteutico.

10. Solo en el caso, de que las palabras disuenen de la mente de los contrayentes, se atiende à esta, y no à lo que significan aquellas. Assi lo prueba el mismo Capellan en el citado num. 20. con *Carlev. de iudic. tit. 3. disp. 35. n. 45.* Ibi: *Ad iudicandum de qualitate contractus consideratur potius effectus rei, quam sonus verborum*; pero en este no solo las palabras de que vsaron declaran ser el contrato emphyteutico, sino tambien lo manifiestan las mismas condiciones de la Escriptura de pena de comisso, y reservacion del dominio directo, que hizo en si el Conde, teniendo estas, y el sonido de las palabras total conveniencia en ser emphyteusis dicho contrato, y por vno, y otro no se puede juzgar otra cosa.

11. Es la reservacion de el dominio directo, tan propria de la emphyteusis, que por ella se distingue este contrato de el de otro qualquiera de censo; porque en este se transfiere vno, y otro dominio en el imponente, y en el de emphyteu-

sis solo se transfiere el vtil; por cuya causa se dize, que la pension, como propria de la emphyteusis, se paga de alhaja agena, y el censo de cosa propria, y tuvo origen aquel axioma. *Census solvimus de re nostra, pensionem verò de re aliena*; el qual explica *Gasp. Rodrig. de ann. red. lib.* 2. *q.* 22. *n.* 8. contrayendolo mas à el caso presente. Ibi: *Quia reditum, seu censum reservativum, & consignativum solvimus de re nostra, reditum verò, seu censum emphyticum solvimus de re aliena.* Y assi si el que cobra reditos retiene el dominio directo, los percibe de emphyteusis, y si transfiriò en el que los paga, ò este tenia, dominio vtil, y directo, los viene à percebir de censo, ò reservativo, ò consignativo, como de alhaja de el que los paga.

12. Esta diferencia la notaron, teniendola por constitutiva de la emphyteusis, y contraria à la naturaleza de otro qualquiera censo. *Avend. de censib. cap.* 11. *n.* 8. & 11. *dict. Rodrig. loc. cit. n.* 3. *Anton. Gom. in leg.* 68. *Taur. n.* 2. *Felician. de Cens. in proœm. n.* 11. *Iul. Clar. lib.* 4. *sent.* §. *emphyteusis quæst.* 1. *n.* 2. *Alvar. Valasc. de iur. emphyt. part.* 1. *q.* 32. *n.* 27. En tanto grado, que dize este vltimo à el num. 28. que aunque en la Escriptura se diga, que se concede la cosa en perpetua emphyteusis, con translacion de todo el derecho de el concedente, no serà contrato emphyteutico, sino censuario; y al contrario si se dize que la cosa se dà à censo con reservacion de el dominio directo, no serà contrato censuario, sino emphyteutico. Ibi: *Vnde ex prædictis fit palàm, quod licèt in investitura dicatur, quod conceditur res in perpetuam emphyteusim cum translatione omnis iuris, quod habet concedens, & nominetur talis contractus à partibus emphyteuticus in tota serie instrumenti, nihilhominus erit contractus censuarius, cum omne ius reperiatur translatum*, cita muchos Authores, y prosigue: Ibi: *Siquidem verba contrahentium debent impropriari secundum contractus naturam l. si insulam. ff. de præscript. verb. l. si vno. ff. locat. plene Bald. in rub. C. isto titulo. Vnde per contrarium si dicatur in concessione, quod datur res ad censum cum reservatione directi dominij, non erit contractus censuarius, sed emphyteuticarius*: Con que es claro, que la reservacion del directo dominio es solo de la naturaleza de el contrato emphyteutico, à distincion de los demàs; Y hallandose esta clausula en la Escriptura, en que el Conde diò la Huerta à el referido Frutero: no queda duda, en que aquel fue contrato emphyteutico.

13. Esto

13. Esto no lo puede negar el Capellan, mediante, que en el num. 21. de su Papel confiessa ser constitutivo de la emphyteusis la reservacion de el dominio directo, y para ello cita à el Sr. *Covarr. lib. 3. var. cap. 7. n. 1. Farìa eod. loc. n. 3.* Y en el num. 25. dize và conforme, en que el Conde, quando percebia la pension, retenia el dominio directo de la Huerta, lo que no se compadece con que el censo no fuera emphyteutico; pues aun en el caso, que el que dà la alhaja, diga solo, que la dà à censo con reservacion del dominio directo, se entiende ser contrato de emphyteusis, y no el que denomina, por hallarse la clausula contraria à el de censo, y conforme à el de emphyteusis, que es à lo que se debe atender, y no à el nombre, que dàn los contrayentes. *Siquidem verba contrahentium debent impropriari secundum contractus naturam.* A que se llega, que no solo ay en la Escriptura la clausula de reservacion de el dominio directo, que es lo suficiente, para que, aunque los contrayentes no huvieran denominadole emphyteusis, le juzgara, y tuviera por tal, sino q̃ tambien contiene la pena de comisso, la qual, si bien es regular ponerse en otros contratos de Censo, en duda se tiene por propria de la emphyteusis. *Dict. Rodrig. loc. cit. n. 11.* Ibi: *Vnde quando in contractu fuit appositum pactum, quod censuarius non solvens reditum reservativum per biennium amitat rem censualem, & cadat in commissum, iudicandus erit in dubio reditus emphyteuticus.* A cuya duda no dàn lugar, ni las palabras de la Escriptura, ni en su defecto la clausula de reservacion de el directo dominio, que implica hallarse en otro contrato de censo, por ser el distintivo de la emphyteusis.

14. Hasta aqui, conociendo no poderlo impugnar, và conforme el Capellan, segun lo que confiessa en los num. 21. y 25. si bien, por no dexar de hazer alguna contradicion, la funda, en que quando el Conde vendiò à D. Agustina, no abdicò de si el dominio directo de la Huerta, y solo le vendiò el derecho de percebir la pension. Assercion à la verdad muy voluntaria; porque el Conde vendiò à Doña Agustina, no solo la pension, sino el dominio directo de la Huerta, para que lo huviesse, segun, y como èl lo avia tenido, cuya Escriptura no la ha presentado el Hospital; porque en los alegatos del pleyto solo ha procurado el Capellan negar ser emphyteusis, y por esso solo se le satisfizo con la Escriptura de creacion, y lo harà siempre, que sea necessario. Y constando de la referida Escriptura otorgada

en

en 17. de Agosto de 1537. aver el dicho Conde vendido à D. Agustina, el dominio directo, que en dicha Huerta tenia, cessan todos los reparos, que en este particular opone el Capellan.

15. Y para que no estrañe, el que se le responda con instrumento, que no ay en los Autos, se haze con los presentados en ellos, (que vàn citados en el num. 3.) por donde consta, aver reconocido este Censo à favor de el Hospital los posseedores, que han sido de la Huerta, y entre ellos el mismo Frutero, y Francisco Carvallo reo concursado, y averse obligado, à favor de el Hospital, à guardar, y cumplir las condiciones, penas, y comissos de la Escriptura de su creacion, declarando, ser sabidores de ellas, y citandolas los mismos Carvallo, y Frutero, quien no podia ignorarlas, aunque no las citasse, por ser el mismo, que con tales condiciones huvo la Huerta de el Conde; Con que vienen todos à confessar, perseveraba en el Hospital el Censo, como el Conde lo tenia, y si assi no fuera cumplieran, con aver reconocido solo el derecho de percebir los reditos, y no se estendieran à guardar en todo el contrato, como fuè en su creacion; Y resultando esto de los mismos Autos, con ellos se halla convencido el Capellan, y mas quando, el dezir que el Censo no permanece en el Hospital, como lo tenia el Conde, no lo funda en otra cosa, que en quererlo assi assegurar, sin prueba alguna.

16. Aunque se pudiera contentar el Hospital con lo referido, para evidenciar, que el Conde vendiò el directo dominio à D. Agustina, le assiste tambien la regla general de derecho, de que el que vende, traspassa en el comprador todo el derecho, que tiene. *Luc. de empt. & vendit. disc. 35. n. 2. vers. quatenus.* Ibi: *Qui rem vendit, seu ius quod in re habet, censetur vendidisse totum id quod habebat*: Luego si el Conde, como và fundado, y confiessa el Capellan, tenia el dominio directo de la Huerta, y el derecho de percèbir la pension, se infiere claramente, aver vendido à D. Agustina todo el derecho que tenia. Y por esto aunque el Capellan funda la regla con el mismo *Luc. y Cens. q. 20. n. 8. con la l. qui tabernas. ff. de contrah. empt.* no dà à ella solucion alguna.

17. Además, què implica que el Conde entregasse el instrumento de creacion de este Censo à el tiempo de su venta à D. Agustina, y que no le vendiesse el dominio directo de la

Huerta. Y es la razon: Toda la vez que el vendedor entrega à el comprador los titulos de pertenencia de lo que enagena, no solo le traspassa la possession, sino tambien el dominio. *Text. expr. in leg.* 1. *C. de donat. D. Castill. lib.* 4. *controv. cap.* 35. *num.* 40. *Anton. Gom. in leg.* 45. *Taur. n.* 56. *D. Molin. de primog. lib.* 4. *cap.* 2. *n.* 10. Es assi que supuesta la dacion de la Huerta, que el Conde hizo à Frutero, no tenia otro titulo de pertenencia de el dominio directo de ella, que la Escriptura de creacion, en que lo reservò, ni con otro instrumento podia probarlo, baxo de dicha suposicion: luego aviendola entregado à Doña Agustina, es prueba evidente de averle transferido todo el dominio, que tenia.

18. Esto se haze mas precisso, à vista de que por el Capellan nose ha presentado instrumento alguno de reconocimiento de el directo dominio à favor de el Conde, ni sus Successores, y no pudiera dexar de averlo, si lo huviera retenido, en el transcurso de tantos años; pues pagandose la pension à el Hospital, solo por Escriptura se le podia reconocer. Y no solo no ay esto, sino que, como và dicho, siempre se ha reconocido el Censo à favor de el Hospital, obligandosele los posseedores de la Huerta à guardar, y cumplir todas las condiciones, penas, y obligaciones de la creacion; y siendo en esta emphyteutico, lo persevera oy, y el Capellan si quiere lo contrario, como fundamento de su intencion, debiera averlo probado, y no solo no lo ha hecho, sino que hasta que escriviò, no moviò tal duda.

19. Es muy del caso lo que discurriò *Giurb. decis.* 84. *in princip.* sobre los efectos, que causa la emphyteusis, en què señalò tres dominios. Directo en el señor de la alhaja; Vtil en el mismo, que es el derecho de percebir la pension; Y otro vtil, que passa à el emphyteuta, que consiste en la percepcion de los frutos. Ibi: *Ad primum, emphyteusi concessa tria nascuntur iura: Dominium directum penes dominum.* 2. *Ius activum exigendi, nempe censum annuum, quod penes eumdem etiam est loco vtilis dominij.* 3. *Ius vtile, quod in emphyteutam transit, cum iure percipiendi fructus, & onere solvendi censum prædictum.* A que asintiendo *Alv. Valasc. de iur. emphyt. q.* 13. *n.* 3. dividiò el dominio vtil en dos especies. Ibi: *Rursus vtile dominium dividunt in duas species: in dominium, videlicet vtile inferius recognoscens directum, (vt est dominium emphyteutæ, &c.) & aliud vtile, quod assimilatur, seu adhæret directo:*

to. De forma, que teniendo el que dà la alhaja à emphyteusis dominio directo de ella, y el vtil de percebir la pension, viene à tener vn dominio pleno. En cuyo caso no es de omitir el que *Cancer. 3. p. var. cap. 4. n.202.* refiere, aversele consultado. *Pedro vendiò el dominio directo de vnas tierras à Iuan, que tenia el vtil, este las vendiò à Francisco, sin hazer mencion de dominio vtil, ni directo, que tenia, despues pidiò, que Francisco le reconociesse el dominio directo.* A que respondiò *Canc.* no deber Francisco hazer dicho reconocimiento, y que en la venta, que à este le hizo Juan, se comprehendiò dominio vtil, y directo, y dà la razon num.206. Ibi: *Et sic cum dictam terram vendidit Ioannes, censetur vendidisse omne ius, quod in ea habebat, quod erat plenum eius dominium*: De cuya resolucion se infiere, que toda la vez, que el Conde tenia el dominio directo de la Huerta, y el vtil de percebir la pension, aviendo vendido à Doña Agustina el Censo, que Frutero le pagaba, le vendiò todo el derecho que tenia, y abdicò de si, con el derecho de percebir la pension, el dominio directo.

20. No persuaden lo contrario las doctrinas, que en los núm. 25. y 26. de su papel, refiere el Capellan, para probar, que la venta, que el Conde hizo à D. Agustina, no pudo estenderse à el dominio directo, que tenia en la Huerta, y que solo enagenò el derecho de percebir la annua pension; pues no son adaptables, para el caso de el pleyto. *Cens. en la q. 20. n. 11.* y 13. que se citan, habla de venta, que se causa à el tiempo de la imposicion de censo consignativo, y no de venta de censo emphyteutico yà constituìdo, lo que se haze patente con la duda, que mueve en la citada *quæstion num. 5. vers. sed dificultas*, que consiste en que si aquel, que impone censo sobre alhaja, que tiene con otro, sin declararlo, se entiende lo impone sobre toda, ò solo sobre su parte? Ibi: *Sed dificultas esse potest, an quis imponens censum super re, quam cum alio communi habet, non facta declaratione, quod illum constituat super sola propria portione, censeatur illum imposuisse super tota illa re, an verò dumtaxat super sua propria rata, & parte?* Y suponiendo señor de la alhaja à el imponente, no ay duda, en que habla de la venta, que se causa à el tiempo de la imposicion de censo consignativo, pues en otro no puede ser señor de la alhaja el imponente; y en este sentido resuelve en la propuesta dificultad à el num. 7. que se entiende impuesto el censo solo sobre la parte del fundo, que era de el que

impo-

imponia, ſobre lo qual, reſpondiendo à las objecciones contrarias, recaen las palabras, que por el Capellan ſe citan. Ibi : *num.* 13. *Aliud eſt in venditione cenſus, quoniam per illius venditionem non transfertur in emptorem dominium rei, ſuper qua cenſus conſtitutus, & collocatus fuit, ſed illud permanet penes venditorem cenſus.* Haſta aqui el Capellan. Pero Cenſ. proſigue. Ibi : *Vt dictum fuit ſupra. q. 1. aliàs part. 1. cap. 1. q. 1. artic. 1. num.* 23. En cuyo lugar afirma, que el cenſo conſignativo ſe conſtituye, quando vno impone ſobre ſus bienes alguna cierta penſion, que ha de pagar à otro, que eſte ſe haze ſeñor de el derecho de percebirla, pero en quanto à los bienes, y frutos de la impoſicion, no adquiere derecho de propriedad, ni de poſſeſsion; Con que ſi el Capellan huviera recurrido à eſte lugar, à que ſe remite *Cenſ.* quando en la *quæſt.* 20. tuviera alguna duda, pudiera averla ſatisfecho.

21. Pero confundiendoſe por el Capellan la venta del cenſo emphyteutico yà conſtituìdo, con la que ſe cauſa à el tiempo de la impoſicion de el conſignativo, quiere adaptar las referidas palabras de Cenſio à el pleyto, ſin hazerſe cargo de la diferencia, que ay entre vna, y otra, que notò el miſmo Author en la *quæſt.* 44. *num.* 2. Ibi : *Ego tamen illos hac in re allucinari exiſtimo tam, quia creatio, & conſtitutio cenſus eſt quid diſiuntum, & ſeparatum ab illius emptione, & alienatione.* Conſiſte la diverſidad, en que, el que es dueño de vna finca, y ſobre ella impone cenſo, no transfiere otra coſa, que el derecho de percebir la penſion, quedandoſe con el dominio vtil, y directo, que es proprio del cenſo conſignativo, como lo dize el miſmo *Cenſ. en la citada quæſt.* 1. *à n.* 21. y el que vende cenſo emphyteutico yà conſtituìdo, es preciſſo enagene el directo dominio, en cuyo reconocimiento percebia la penſion, como và fundado.

22. En el miſmo ſentido de cenſo conſignativo redimible, hablan el miſmo *Cenſ. en la q.* 72. *n.* 24. *y Duard. de cenſ. q.* 26. *n.* 74. Y lo que dizen es, *que legato ſimpliciter cenſu, non intelligitur legata ſors principalis*; y aſsi ſi ſe redime ſe ha de entregar el principal à el heredero, y no à el legatorio, lo que es muy diverſo de el caſo preſente; lo vno : porque aqui no ſe puede regular principal, y por ello no tiene lugar la referida reſolucion; Y lo otro: porque eſta procede en terminos de acquiſicion por cauſa lucrativa, y no por oneroſa, como fuè la de Doña Aguſtina,

tina, que por esta se entiende vendiò el Conde todo lo que tenia. Assi *Giurb. dict. decis. 84. n. 22.* Ibi: *Quia fatentur omnes alitèr in Curijs Servari, quorum opinio nec in titulo oneroso procedit, quia res pleno iure vendita censetur.* Y en mas rigorosos terminos *Ant. Gom. lib. 2. var. cap. 2. n. 12.* donde resuelve, que el que vendiò simpliciter alguna cosa, que toda no era suya, ignorandolo el comprador, se entiende toda vendida, y solo la parte, que tenia, si fuè donada, ò legada: Con que la resolucion de *Censio*, y *Duard.* nada sirve, para probar el Capellan su intento.

23. Prosigue en el num. 27. de su papel diziendo es tan de el assumpto el *disc. 35. de empt. & vend. de el Card. de Luc.* que no se puede omitir el caso, sobre que discurre; que se reduce à aver Blàs de los Condes *iure locationis*, ò por otra causa concedido *ad tertiam generationem*, ò emphyteusis, vna casa à Antonio en cierta annua prestacion, la que despues vendiò en 200. escudos à Olimpa, y llegado el caso de la debolucion, pretendian los herederos de Olimpa la Casa, por dezir, aver comprado con la pension el dominio directo, que tenia Blàs, cuyos herederos tambien la pretendian, por dezir, que la venta fuè sòlo de la pension; Y q̃ discurrido el caso por Luca, resuelve à el num. 4. que la debolucion de la Casa se hizo à los herederos de Blàs. De que infiere el Capellan, que el dominio directo de la Huerta quedò en el Conde de Gelves.

24. No parece el discurso de Luca estraño de el assumpto, segun lo pinta el Capellan, pues entra diziendo, que Blàs avia concedido la Casa *ad tertiam generationem*, ò emphyteusis, y que Luca resuelve, que la debolucion de la Casa se hizo à sus herederos; pero lo primero lo añadiò; porque Luca no dize, sino que Blàs posseìa vn annuo censo reservativo, ò pension sobre vna Casa, que tenia Antonio *iure locationis, vel alterius concessionis ad tertiam generationem*, sin dezir emphyteusis, cuya palabra la añadiò el Capellan, para acomodar el caso. Y en lo segundo procediò con equivocacion; pues Luca no resuelve, à quien se hizo la debolucion de la Casa, lo que sì dize en el num. 4. es, que dudaba movido de la regla, de *que vendito simpliciter censu, non censetur venditum directum dominium*, y en el num. 6. concluye. Ibi: *Hinc proinde mihi videbatur, quod facilius dicta regula intraret, potissime, quia quædam alia adminicula quoque concurrebant in facto.* De que se saca, que Luca no resolviò el caso, ni dize,

 que

que se resolviesse, como el Capellan expressa; y si por aquella palabra *mihi videbatur* quiere arguir resolucion de Luca, recurriendo à los motivos, que para ella tenia, se halla ser muy diverso de el caso presente. Lo primero, porque la regla, en que se funda de *vendito simpliciter censu*, dize, ser de *Cens. de censib. q. 72. n. 24.* y *Duard. eod. tract. q. 26. n. 74.* los que, como và manifestado en el num. 22. hablaron de *legato simpliciter censu*, y alli và dada la diferencia, que ay entre legado, y venta. Lo segundo, porque la razon mas eficàz, que Luca tenia, era, la esperanza proxima de la debolucion de la Casa, por aver sido la concession *ad tertiam generationem*, con la qual no se entendia, vender el señor el directo dominio, y el caso de este pleyto fuè vna dacion à emphyteusis perpetua, en que no avia cierta, ni cercana esperanza de la debolucion de la Huerta. Y lo tercero, que como và dicho, le pareciò à Luca, que mas facilmente podia entrar la regla, por concurrir otros adminiculos en aquel caso, que no se sabe, ni dize los que fueron, y siendo los que le movieron, como lo indican sus palabras, *potissime quia quædam alia adminicula quoque concurrebant, in facto*, no se puede juzgar este caso, por el que discurriò Luca.

25. Y solo es propria de èl, la *decis. 84. de Giurb.* que refiere à el num. 24. que se reduce, à que adjudicado el censo emphyteutico, se entiende adjudicado el dominio directo, lo que en terminos de venta, ù otra adquisicion por causa onerosa fundò el Author à num. 9. Ibi: *In onerosis pleno de iure datam rem esse scripserunt Bald. & alij. Cesso ergo, aut vendito censu ius avocandi, & revocandi, cessum, & venditum dicimus, ut res pleno iure sit.* Con que aviendo este Author hablado de censo emphyteutico, (palabra que no se añade) y resolviendo, que adjudicado, ò vendido este, se entiende adjudicado, y vendido el dominio directo, y refiriendo, que assi se decidiò en el caso, que propone, por este, y no por el de Luca, se debe regular el presente, teniendo por censo emphyteutico el de el Hospital, quien aunque en su demanda, y reconocimientos, assi no lo nombrasse, sino con la generica palabra de censo, no por esto dexa de serlo, ni el Capellan dize bien en el num. 19. de su papel, que procede varia, y bagamente; porque esta palabra *Censo* es generica, y comprehende todas especies de censos, y pensiones. Ita *Avend. de cens. cap. 2. n. 1. & in 28.* dize, que baxo de ella se

com-

comprehende la *emphyteusis. Felic. de cens. lib. 1. cap. 4. n. 1. Valasc. de iur. emphyt. q. 32. n. 6.*

26. Fundado yà, que el censo fuè emphyteutico en su creacion, y que como tal lo possee oy el Hospital, resta solo manifestar, que siendo irredimible, no pudo hazerlo redimible la condicion de la postura de el Albacea de Roxas. Y esto es claro. Aunque el Censo perpetuo se puede redimir de consentimiento de ambas partes, esto no procede en el emphyteutico; y es la razon. A este no se le puede regular principal, y à otro qualquiera censo perpetuo se le regula, conforme à las Pragmaticas de el Reyno; porque los reditos de el censo perpetuo, se pagan en recompensa de los frutos, à los que se tiene consideracion à el tiempo de su creacion; y la pension de el censo emphyteutico, se paga solo en reconocimiento de el directo dominio, de tal suerte, que no es de substancia de este contrato, que sea grande, ò pequeña. Ita *Valasc. de iur. emphyt. q. 1. n. 8. Iul. Clar. lib. 4. sentent. §. emphyteusis. quæst. 8. n. 8. Avend. de cens. cap. 11. n. 7. Giurb. dict. decis. 84. n. 24.* Y assi, como la pension de la emphyteusis no tiene correspondencia à los frutos, como la tienen los reditos de otro censo, aunque à este se le pueda regular principal, por los reditos, no se puede hazer esto con la emphyteusis por la parva pension.

27. Haziendole esto fuerza à el Capellan quiere regularle el principal, por averlo comprado de Doña Agustina de Alcazar, el Hospital en 480U. mrs. y en esto no procede bien; porque para la redempcion se tiene consideracion à el tiempo de la creacion; luego si en la de este Censo, por ser emphyteutico, no fue necessaria la regulacion de el valor de la Huerta, ni que correspondiera à este la pension, por pagarse solo en reconocimiento de el directo dominio, no se puede tener consideracion de principal, ni aun consta oy lo que valìa la Huerta à el tiempo, que el Conde la diò à Frutero. Y para vender Doña Agustina à el Hospital, algun precio se avia de dar, sin que este pueda servir, para regular principal à el Censo; porque Doña Agustina, como dueña absoluta, pudo dàrlo à el Hospital, como quisiera, y aun sin recebir de este cosa alguna; y vna cosa es vender el Censo yà constituìdo, que entonces el señor de èl puede venderlo, segun ajustare, sin que por este poco, ò mucho precio se pueda regular el principal, para la redempcion,

por

por aver esta de mirar à el precio de la creacion. Y otra la dacion à Censo, en que no siendo emphyteutico, se tiene consideracion à el precio de la alhaja para los reditos, y por ellos se dà suerte principal, para la redempcion; Y aviendo sido la, que D. Agustina hizo à el Hospital, venta de censo yà constituido, no puede esta servir, para argumento, de que ay principal, ni la dacion à emphyteusis, porque aquella pension fuè solo en reconocimiento de el directo dominio, no correspondiente à los frutos, ni valor de la Huerta.

28. Y de quedar redimido el Censo, quedarà el Capellan con dominio pleno, y Dueño absoluto de la Huerta à costa de vna corta cantidad, dando lugar à que se locupletara *cum jactura alterius*; esto no permite el derecho: luego ni la redempcion de el Censo. Se prueba esta consequencia: la pension de la emphyteusis es communmente tan parva, que no teniendo consideracion à que corresponda à los frutos, solo sirve, para mediante ella reconocer à el señor de el directo dominio. Assi lo fundan los Authores yà citados; Y si admitiendose la redempcion, se regularà el principal por esta parva pension, nunca se podia tener este por valor de la alhaja, ni por justo precio, para que el emphyteuta fuesse dueño absoluto de ella; Es assi que si se admitiera la redempcion de la pension de el Hospital, regulandole por ella la suerte principal, por este no correspondiente, è infimo precio, quedarà el Capellan con dominio pleno de la Huerta: luego se halla prohibido se redima la pension emphyteutica de consentimiento de las partes por defecto de principal, que no se puede regular por la annua prestacion, por no poderse esta en manera alguna considerar precio de la Huerta, y procede su irredimibilidad claramente, como tambien, que admitiendose la redempcion, solo por el precio de el principal regulado por la pension, se hiziera indebidamente el Capellan dueño absoluto de la Huerta, pues el dominio vtil, como emphyteuta yà lo tenia, y el directo que possee el Hospital, como de hecho, y de derecho lo dexa probado, lo adquirià mediante la redempcion.

29. Aun mas se convence el Capellan contemplando el dominio directo en el Conde, implicandose en esto, con querer hazer redimible la pension del Hospital; pues si este fuera libre en redimirla, dependiera de la voluntad de vn tercero hazer in-

vtil

vtil el derecho de el Duque, que solo siendo, el que le compete, como señor directo, el bolver à recuperar la Huerta, en caso de no pagar el emphyteuta la pension, este fuera de ningun efecto, mediante la redempcion que hazia el Hospital, despues de la qual no se podia verificar el comisso, pues no quedaba en el emphyteuta obligacion de pagar cosa alguna; Y assi el Hospital hiziera invtil, y perjudicara el derecho de el Conde, que como vn tercero no lo puede hazer, impidiendo por la redempcion, y haziendo incapàz la verificacion de el comisso; Con que es incompatible la redempcion de la pension, con suponer el Capellan el dominio directo en el Conde: Cuya implicacion, ni otra alguna resulta contemplandolo, como de hecho lo tiene, en el Hospital, y que este no puede redimir su Censo. Y sobre todo de qualquier forma, que lo referido se considere, y dando, y no concediendo, que el censo emphyteutico de consentimiento de las partes se pueda redimir, ni el Hospital consintiò en la condicion de la postura de el Albacea, de que avian de quedar redimidos los tributos perpetuos, ni aunque huviesse prestado su consentimiento, podia surtir efecto, porque como acto de enagenacion, aun sus mismos Patronos, tienen prohibicion de derecho, y de Bullas Apostolicas, para executarlo, como en el siguiente medio se expondrà.

MEDIO SEGVNDO.

Aunque el Censo del Hospital fuesse reservativo perpetuo, ni pudo quedar redimido, por no aver intervenido el consentimiento, y solemnidades necessarias.

30. CON lo fundado en el primer medio quedà evidenciado, no aver quedado redimido este censo, por ser incapàz de redempcion, y prescindiendo de lo alli dicho, se probarà en este segundo, que aunque fuera censo reservativo perpetuo, no pudo quedar redimido, en esta forma. Para que el censo perpetuo se pueda redimir, à diferencia de el redimible, es necessario consentimiento de ambas partes, esta proposicion como cierta la funda el Capellan en el num. 18. de

ſu papel con *Gracian. deſcep. for. tom. 5. cap. 985. n. 14.* y otros: Es aſsi, que para la redempcion de eſte Cenſo no huvo conſentimiento de el Hoſpital; pues aviendo el Albacea de Roxas hecho la poſtura en la Huerta, y tierras con la condicion, de que los cenſos perpetuos avian de quedar redimidos, no ſolo no ſe encuentra en los Autos, que el Hoſpital conſintieſſe eſta condicion, ſino que ni aun que ſe le dieſſe traslado de ella: luego aunque fueſſe cenſo reſervativo perpetuo, no pudo quedar redimido, mediante dicha condicion, por defecto de conſentimiento de el Hoſpital, à quien no pudiera perjudicar, aun el conſentimiento expreſſo de ſu Procurador, en caſo de averſele notificado traslado de la condicion; pues para ello, como ſe dirà, no era parte legitima.

31. Ni eſte defecto de conſentimiento de el Hoſpital lo ſubſana el acuerdo de ſus Patronos preſentado por el Capellan, por el que, en atencion à el informe de el Adminiſtrador, le dieron licencia, para otorgar Eſcriptura de redempcion, y percebir el principal, y reditos de eſte Cenſo; por no aver en eſte acto, como de enagenacion de bienes de Igleſia, intervenido informacion de vtilidad, y aſſenſo Apoſtolico, ſolemnidades prevenidas por derecho, ſin las quales anulla la *Extrav. Ambitioſæ de reb. Eccleſ. non alien.* toda enagenacion de los referidos bienes, baxo de cuya diſpoſicion ſe comprehenden los de Hoſpital, como es corriente, y lo afirma con el ſeñor Caſtill. y otros *Hermoſ. in l. 15. tit. 5. part. 5. Gloſſ. 1. n. 8.* Ibi: *Amplia decimo ea, quæ diximus in alienatione bonorum Eccleſiæ, procedere in alienatione bonorum Hoſpitalium*; Y ſiendo la cauſa de el Hoſpital aun mas pia, que la de la Igleſia, *vt ait Moſtaz. de cauſ. pijs cap. 11. lib. 4. n. 36.* requiriendo eſtas las ſolemnidades de dicha Extrav. à fin de que ſus bienes no ſe pierdan, y ſiempre quede vtilizada, ſin cuya circunſtancia es nulla la enagenacion; con mucha mas razon han de ſer neceſſarias, para la de los bienes de el Hoſpital; y aviendo faltado la referida informacion, y aſſenſo, para la licencia, que dieron los Patronos, para la redempcion de el Cenſo; es claro, que eſta fuè de ningun momento, y el conſentimiento para ella dado, nullo.

32. Yà ſe haze preciſſo probar, que en conſentir los Patronos la redempcion de el cenſo perpetuo, permitieran enagenar los bienes de el Hoſpital, para que ſin dichos requiſitos

no

no tienen facultad, lo que se manifiesta, con que la redempcion es enagenacion, y assi estàn prohibidas de hazerla las personas, que lo estàn de enagenar Todo lo comprehendiò *Felician. de censf. lib. 4 cap. vnic. n.* 4. Ibi : *Ex qua resolutione inferunt generaliter ab eo, cui alienari prohibitum est, factam redemptionem esse inanem, & inutilem, redemptio enim alienatio est, vt proxime animadverti. Igitur cui alienatio interdicta est, & redemptio prohibita erit.* Y aun con *Gaspar. Rodrig. de ann. redit. lib.* 2. *q.* 15. *à n.* 78. y *Avend. de censf. cap.* 106. *n.* 2. que solicitaron impugnar la referida doctrina de Felician. se prueba, que la redempcion de este censo es enagenacion, y que como tal le està prohibida à el Hospital; pues vienen à concluìr en que baxo de la prohibicion de enagenar, no es comprehendida la enagenacion necessaria, qual es la redempcion de censo redimible, *quia fit ex lege contractus iuxta l. sicut initio C. de actionib. & obligat.* y que sì abraza aquella prohibicion la redempcion de censo perpetuo, por ser voluntaria; porque esta no se haze *ex lege prioris contractus* sino de nueva convencion de las partes; Y siendo el Censo de el Hospital perpetuo, es su redempcion, enagenacion voluntaria, pues sin su consentimiento no podia executarse, y vienen dichos A.A. à fundar estàrle prohibido à el Hospital redimir su Censo. Todo lo qual en redempcion, que haze el menor, con que parifica el Capellan la de la Iglesia, lo dixo mas claro Duard. §. 5. q. 15. sub n. 2. con estas vozes. Ibi : *Etenim quamvis revenditio census sit alienatio quædam, & alienatio rei minoris citra iuris solemnitates, & iudicis decretum fieri nequeat, nihilhominus illa loquuntur de alienatione rei minoris voluntaria, secus si necessaria esset*; Con que debiò hazerse la redempcion con las solemnidades de dicha Extravagante, por ser enagenacion.

33. Lo contrario, que en redimir este Censo, no enagenaban los Patronos, se pretende fundar por el Capellan à los num. 31. 32. y 33. à los que, aunque con lo dicho està dada entera satisfaccion, con mas particularidad se haze, para mejor convencerlo. Lo primero, con que quiere persuadirlo, es, que siendo la enagenacion acto, porque se transfiere dominio, no pierde el Hospital alguno por la redempcion, pues no lo tiene, estando el directo en el Conde, y el vtil en los Posseedores de la Huerta, y assi no se puede tener por enagenacion la redempcion de el Censo. Y si solo contempla el Capellan se enagena, quando

do se transfiere dominio ; queda fundado en el primer medio, que el Conde de Gelves vendiò el directo dominio à D. Agustina, y esta à el Hospital, quien lo possee con el derecho de percebir la pension, y redimiendo esta, necessariamente se avia de desapoderar de èl, y transferia en el Capellan dominio, y consiguientemente enagenaba.

34. Pero prescindiendo de esto, se responde en otra forma: Aunque el Hospital no enagenasse dominio alguno, causaba enagenacion en redimir el derecho de percebir la pension; pues perdia alhaja immueble, que lo es qualquiera derecho, censo, ò accion. *Greg. Lop. in Gloss. ad leg. 1. tit. 17. partit. 2. Menoch. de recup. posses. remed. 1. n. 45. Cur. Philip. 2. part. §. 15. n. 16.* y la venta de bienes immuebles arguye necessariamente enagenacion en el vendedor, que siendolo la pension de el Hospital que redimia, le està prohibido este acto, sin las solemnidades de dicha Extravagante. Ademàs de que, que los Censos no se puedan vender, ni en otra forma enagenar por la Iglesia, que conforme à la Extravagante, y guardando su disposicion, lo afirman. *Tambur. de iur. Abbat. tom. 3. disp. 13. quæsit. 2. n. 2.* Ibi: *Notandum, quod nomine bonorum immobilium, non solum comprehenduntur res corporeæ, fixæ, & immobiles; sed veniunt etiam iura, actiones annui reditus, &c. quæ non possunt alienari, absque solemnitate, & causa legitima. Barb. de offic. & potest. Episc. part. 3. allegat. 95. n. 45. Felic. de cens. lib. 4. cap. vnic. n. 4.* Ibi: *Igitur in tali redemptione debent interuenire omnes solemnitates à iure constitutæ ad res immobiles distrahendas, alienandas que.* Lo qual aun mas lo corrobora *Duard. de cens. §. 1. q. 22. num. 27.* donde dize, no puede la Iglesia sobre reditos, derechos, y acciones suyas constituìr censo alguno, sin guardar la forma prevenida por dicha Extravagante, y si en este caso es nulla esta imposicion, sin enagenar la Iglesia el censo, sobre que impone el otro, à fortiori, enagenandolo por la redempcion, se ha de tener esta por invalida, si fuè hecha sin dichas solemnidades.

35. Lo segundo, en que se funda el Capellan, es, en que por la redempcion no se celebrò contrato, porque *redemptio non est noua emptio, sed prioris resolutio*, con el *Sr. Salg. in labyr. 1. par. cap. 20. n. 25. y otros*: lo qual aunque fuesse assi, no prueba que la redempcion de el Censo de el Hospital no sea enagenacion. Ademàs, que estas doctrinas proceden en redempcion de censo

redi-

redimible, pero no en la de el perpetuo, como con el mismo *Sr. Salg. eod. loc. Gracian discep. forens. tom. 5. cap. 985.* lo funda el mismo Capellan en el num. 18. de su papel, pues assegurando alli, ser necessario el consentimiento de ambas partes, para redimir el censo perpetuo, viene à confessar nueva convencion, para la redempcion, la que en dicho censo no se haze en virtud de el primer contrato de imposicion, loque sucede en el redimible que *invito creditore* se haze la redempcion, por proceder esta *ex lege contractus.*

36. Y lo vltimo, de que el Capellan se vale, es, que para la dissolucion de el contrato, se requiere la misma solemnidad, que intervino para èl, *ex regula iuris vnumquodque dissolvitur eo modo, quo colligatum est*; Y no aviendo necessitado las solemnidades referidas la imposicion, no las necessitò la redempcion. Cuyo argumento padece esta retorcion: *Vnumquodque dissolvitur eo modo quo colligatum est*; Es assi, que para dàr el Hospital alguna alhaja à censo reservativo perpetuo (como quiere el Capellan sea este) necessita las solemnidades, que para la enagenacion se requieren. *Vt habetur ex Duard. de censib. §. 1. q. 22. n. 31.* Ibi: *Et multo minus posse concedi res Ecclesiasticas in censum reservativum arbitror, nam rei concessæ in censum reservativum transfertur plenum dominium in censuarium*; lo que es tan corriente, que dize Duard. no puede aver costumbre de lo contrario: luego, para la dissolucion de dicho contrato son necessarias las solemnidades. Fuera de que si à el tiempo de la dacion à censo de la Huerta, que hizo el Conde de Gelves, no se necessitaron estas solemnidades, fuè porque la Huerta era alhaja de lego, no sugeto à la disposicion de la *Extravagante*, pero siendo oy de el Hospital, no procede dicha regla, por averse mudado la Huerta de posseedor lego, como era el Conde, à posseedor Eclesiastico, que lo es el Hospital.

37. Por la poca seguridad, que por negar ser la redempcion enagenacion, conociò el Capellan tenia, introduce en el num. 34. que podia fundar, aunque no lo haze, que por ser esto censo *res exigua & parvi momenti*, no està comprehendida su enagenaciõ en la disposiciõ de dicha *Extravagãte*. Pero por donde ajusta el Capellan, que 20U. mrs. de renta perpetua sea cosa de poco valor? Muchos Authores quisieron prefinir cantidad cierta, para que se conociesse ser de poco momento la alhaja,

 que

que se enagenaba, y ninguno tanta, como la de este Censo; en que se podia fundar el Hospital; pero el Card. de *Luc. de alienat. disc. 1. n. 117.* y *Barb. de Offic. & potest. Episcop. part. 3. alleg. 95. n. 51.* no se conforman con sus opiniones assegurando ser arbitrario en el Juez, considerando el lugar, y qualidad de la Iglesia, y sus bienes, y con estas resoluciones, teniendo V. S. presentes estas circunstancias, podrà arbitrar, si 20U. mrs. de renta perpetua, à que segun la regulacion, que conforme à ella haze el Capellan corresponden 600U. de principal, son *res exigua & parvi momenti.* Y aunque por tal se considerasse, todavia era nula la redempcion; porque assegurando Luc. *loc. cit. n. 115.* que los bienes de poco valor se pueden enagenar sin las solemnidades de derecho, conforme à la disposicion de el *cap. terrulas 12. quæst. 2.* que no està corregida por la referida *Extravagante*, dize, que para que proceda deben concurrir *copulative* tres requisitos, poco valor, que lo que se enagena no sea vtil à la Iglesia, con causa de necessidad, ò evidente vtilidad, y la authoridad de el Ordinario. Ibi: *Vt autem id procedat tria copulative requiruntur: Primò, valoris modicitas. Secundò, quod res non sit vtilis Ecclesiæ, atque concurrat causa necessitatis, iuxta vnam opinionem, vel saltèm notabilis vtilitatis. Et tertiò, vt accedat authoritas Ordinarij causa cognita super dictis requisitis.* Lo mismo *Barb. loc. citat. n. 50.* y cita à *Mascard. Gutier. y otros*; Y aun ay Authores, que ademàs de estas circunstancias, tienen por precisso, que la cosa, que se enagena, *longe distet*; Con que, aunque los 600U. mrs. que enagenaba de principal el Hospital fuessen comprehendidos en la disposicion de el *cap. terrulas*, como de poco valor, no aviendo intervenido, para ello, las referidas solemnidades, fuera nulla la redempcion. Y conociendo el Capellan estaba obligado à probar, aver precedido dichas circunstancias, y que no podia, por tener contra sì el verdadero hecho, se contentò solo, con dezir podia vsar de este medio.

38. Y discurre por otro, insistiendo, en que es caso exceptuado de la *Extravagante* aquel, en que le resulta evidente vtilidad à la Iglesia, ò para que tuvo necessidad vrgente; de tal forma, que aunque no precediessen las solemnidades, es valida la enagenacion, si de ella le resultò à la Iglesia enagenante evidente vtilidad, ò para executarla tuvo necessidad vrgente. Pero donde està la evidente vtilidad, que se pondera? Donde la

vrgen-

vrgente necessidad? para que suponiendo vno, y otro pueda tener lugar esta question? La fundarà acaso, en aver perdido el Hospital la annua pension perpetua de 20ij. mrs. teniendo oy este costoso pleyto, para recuperarlos? O lo serà, el no aver percebido cosa alguna de el principal de su Censo, que se quiere tener por redimidos? No se halla à la verdad razon, que convenza sea vtil la perdida de el caudal de vna Obra pia. Lo cierto es, que los A.A. que hablan de la vtilidad evidente, que se sigue à la Iglesia de la enagenacion, que haze, vàn en el supuesto, de que percibiesse el valor de la alhaja enagenada, y no comoquiera, sino, que este con efecto se convirtiesse en vtilidad de la Iglesia, y que esta la huviesse experimentado. *Rodrig. qq. Canon. tom. 1. q. 27. artic. 8.* Ibi: *In vtilitatem autem ipsorum Monasteriorum fiunt alienationes, si convertantur in rem Monasterij, & duraturam, putà in emptionem alicuius rei, seu ædifitium, vel aliud simile, iuxta notata in legibus, & Sacris Canonibus. Menoch. de arbit. lib. 2. cent. 2. cas. 172. n. 19.* Ibi: *Et dici evidentem vtilitatem, quando nulla tergiversatione colorari potest. Is autem, qui asserit alienationem factam fuisse in evidentem Ecclesiæ vtilitatem, provare debet, cum non præsumatur vtilitas hæc, cum sit quid facti*, y adelanta, que debe probarse con instrumento, ò testigos. *Acev. lib. 1. tit. 2. recop l. 6. n. 17.* Ibi: *Vt neque bonæ fidei emptori prætium restituatur per Ecclesiam evincentem, nisi emptor probet in ipsius Ecclesiæ vtilitatem, prætium versum esse.* Los quales, con el *Sr. Covarr. lib. 2. var. cap. 17. n. 3. Avend. de censib. cap. 76. n. 11. Masc. de probat. conc. 75. n. 2.* van conformes, que la vtilidad de la Iglesia, y averse convertido en ella el precio de la alhaja enagenada debè probarlo, el que con ella contrahe; y no aviendolo hecho el Capellan, ni el Hospital percebido cosa alguna de esta enagenacion, por lo qual es imposible contemplarla vtil, aunque estuvieramos en los terminos de que con la evidente vtilidad, sin su justificacion, y demàs solemnidades, fuera valida la enagenacion, no podia tener esto lugar en el caso presente.

39. Con lo qual se satisface à lo expressado por el Capellan en el num. 49. de su papel, de que debiendose regular la vtilidad por el tiempo de el contrato, entonces le era vtil à el Hospital la redempcion, sin deberse tener consideracion à el accidente de la quiebra, que despues sobrevino; porque si precissamente se requiere, para dezirse, huvo vtilidad, que esta la

experi-

experimentasse la Iglesia, y que realmente el dinero de lo que se enagena, se convirtiesse en su vtil ; esto ni aun à el tiempo de la redempcion de el censo lo consiguiò el Hospital, quien no solamente no ha experimentado vtilidad, sino, que no aviendo en tiempo alguno recebido el principal, es gravissimo daño el que se le ha seguido.

40. Mas: Aun en el supuesto, que la vtilidad se debiesse regular por el tiempo de el contrato, este pudiendole considerar, ò perfecto, con solo el consentimiento de las partes, ò consumado, quando ha surtido efecto, que en terminos de redempcion, es aver el Acreedor recebido el principal, hablan los Authores en este segundo sentido, como lo demuestran sus palabras, que en dicho num. 49. refiere el Capellan ; pues dizen *tempore contractus alienationis factæ*, que es suponer entregada la alhaja que se enagena, y consiguientemente yà consumado el contrato, lo que està obligado el Capellan à confessar, pues no teniendo por otra cosa la enagenacion, sino por acto, *per quem dominium transfertur*, suponiendo los A.A. hecha la enagenacion dàn por entregada la alhaja, y transferido su dominio ; Es assi, que la redempcion no se hà consumado ; pues ni se ha otorgado Escriptura, ni ha recebido el Hospital el principal: luego aun no ha llegado el tiempo, por el que se debe regular la vtilidad. Y aunque se hiziesse la regulacion por el tiempo de la perfeccion de el contrato, aun este no ha llegado; pues el contrato, en que se pacta, se ha de hazer Escriptura de èl, no està perfecto, *&* *est locus pœnitentiæ*, hasta que se haga dicha Escriptura. *Text. in leg. contractus C. de fide instrum. Pich. lib. 3. inst. tit. 14. in princip. n. 35. Ant. Gom. lib. 2. var. cap. 2. num. 17.* Ibi: *Quod intellige, præter quam si partes dicant, quod fiat scriptura: quia tunc nec emptio, & venditio, nec alius contractus valebit, ante perfectionem, & absolutionem eius. D. Valenz. Velasq. cons. 14. n. 50.* Y lo funda con *Parlad. Perez. Lazart. Mench. Gutier. Sr. Castill.* y *Covarr.* doctissimamente *Herm. in leg. 6. Gloss. 1. n. 5. tit. 5. part. 5.* La Escriptura de redempcion de el Censo no se ha otorgado por el Hospital, y que esta se pactasse, ademàs de colegirse de la misma condicion de la postura, en que dixo el Albacea de Roxas, que los Acreedores le avian de dàr cession, y subrogacion, lo que no se haze sino por Escriptura, lo manifiestan el papel, que à favor de el dicho Albacea hizo el Administrador de el Hospital

pital en 30. de Agosto de 702. en que se obliga à sacar licencia de los Patronos, y en su virtud otorgar la Escriptura de redempcion, y el pedimento, que en 5. de Abril de 704. diò el Albacea, en que pidiò, que en consequencia de la postura, los Acreedores de los tributos le otorgassen la redempcion: luego no ha llegado el tiempo de la perfeccion de este contrato, ni alguno, por donde se pueda regular la vtilidad.

41. La qual quiere el Capellan en los num. 41. y 42. de su papel, que consista en las causas, que se expressan en la licencia de los Patronos. Pero aunque estas fuessen ciertas, lo mas, que por ellas se podia dezir, era, que pudiera averle sido vtil, y no que de hecho lo fuè, la redempcion à el Hospital; y como expressadas por los mismos contrayentes, aunque induxeran vtilidad, no la probaban, por no creerse à estos en materia de enagenacion, como prohibida, como con Navarr. y otros funda *Duard. de cens. dict. §. 1. q. 22. n. 21. Tambur. de iur. Abbat. part. 3. disput. 13. quæsit. 4. n. 12. Masc. de probat. conclut. 75. n. 18.* Ademàs, de que todas las causas, que se expressan en dicha licencia, fueron fundadas en siniestra relacion, que el Administrador hizo à los Patronos, como despues se dirà.

42. De el mismo modo, que el Hospital no ha experimentado vtilidad, careciò de vrgente necessidad para la redempcion, sin que esta se pruebe, por lo que en el num. 46. y 47. expressa el Capellan, sobre que de admitirse la redempcion evitaba el Hospital perder necessariamente 9266. rs. por averse la Huerta rematado solo en 19U970. y que por razon de la postura con semejante condicion, llegò à rematarse en los 33U. rs. porque ademàs, de que de esta condicion no se diò traslado à el Hospital, cuyo Juez avia de conocer, si era esta necessidad vrgente, las pujas, que huvo entre el Albacea de Roxas, y Don Geronymo Lopez de Bustamante, no se pregonaron; con que no puede afirmarse, que sin dicha condicion, faltò quien diesse lo mismo, ò mas por la Huerta; y para evitar, que huviesse persona, que lo hiziesse, conociendo el Albacea, no aver dado el precio justo por la Huerta, para lograr quedarse con ella, soliciò, que Bustamante pujara hasta llegar à el que tuvo por legitimo valor, lo que se evidencia de el testimonio (fol. 178) en que consta, aver este declarado, que todo lo que avia hecho, avia sido con animo, de que la Huerta quedasse por dote de las

Capellanias, y mirando ambos Licitadores à vn mismo fin; no es creìble, que vno à otro pujasse, sino fuera precediendo este convenio, y consideracion; y lo que mas es, evitar que otro diesse mas; Con que el aumento solo lo diò el intrinseco valor de la Huerta, que como consta (à el fol. 165.) se apreciò por mandado de la Sala, en 29ꝟ865. 1s. y no la condicion de la postura, ni esta pudiera dàrlo, pues para el que compra lo mismo es desembolsar el neto precio de la alhaja, que lo que resta baxados los principales de los tributos, y antes lo segundo communmente se solicita por los compradores, para con menos desembolso conseguir la alhaja.

43. Ni se prueba la vrgente necessidad, de que si à el Albacea se le huviera propuesto la necessidad de las solemnidades, huviera desamparado la postura; porque estando estas prevenidas por derecho, para la enagenacion de bienes de Iglesias, no puede valerse de esta ignorancia; porq̃, el que contrahe, debe saber la condicion de el otro contrayente. *Text. express. l. 19. D. de reg. iur.* Ibi: *Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis eius.* Y si la detencion en conseguir el assenso Apostolico, pudiera ser motivo, para desamparar la postura, en el caso presente cessaba esta razon, por ser solo necessaria la licencia de el Ordinario de el Hospital, para la qual, y que precediera la informacion, ò de vtilidad, ò necessidad, no se causaba demora, ni gastos. Y sobre todo, que desamparàra, ò no la postura, no prueba la vrgente necessidad.

44. Pero suponiendo, y no concediendo, vtilidad evidente, ò necessidad vrgente en el Hospital, en assegurar el Capellan, que aviendo vno, ù otro, aunque no precediessen las solemnidades, es valida la enagenacion, que haze la Iglesia, và contra el comun torrente de A.A. que afirman, que la vez, que el contrato de Iglesia, ò Menor se celebra sin las solemnidades prevenidas por derecho, es nullo, aunque de el les resulte vtilidad evidente, ò para executarlo tuviessen necessidad vrgente. *Iull. Capon. discept. 113. tom. 2. n. 99.* Ibi: *Vt patet in bonis Ecclesiæ, quæ etiam in evidentem vtilitatem Ecclesiæ, nequeunt alienari absque debitis solemnitatibus. Gonz. in cap. 1. tit. 10. lib. 3. decret.* Ibi: *Quod adeo verum est, vt ea solemnitate deficiente, nulla sit alienatio, quamvis vtilis Ecclesiæ apareat. Avend. de censib. cap. 76. n. 9.* Ibi: *Infertur etiam alienationem rerum Ecclesiarum iustam, & vtilem*

Eccle-

Ecclesiæ ex defectu solemnitatis formalis nullam omnino esse; afirmando ser esta la mas comun opinion. Y la contraria dize ser incierta, y poco segura *Felician. de cens. lib. 2. cap. 2. n. 23.* Ibi: *Hæc tamen resolutio videtur esse dificilis, incerta, parùmque secura, ex eo, quod magis est, vt deficiente forma, & solemnitate legitima contractus minoris, vel Ecclesiæ nullus sit, quantum vis eorum contineat vtilitatem. Azev. in l. 6. tit. 2. lib. 1. recop. n. 5. Matienz. in l. 2. tit. 3. lib. 5. recop. Gloss. 1. n. 13.*

45. Lo mismo fundan, dando por razon, que para enagenar la Iglesia se requieren *copulative* la vtilidad, ò necessidad, y las solemnidades, y que es nulla faltando qualquiera de estos requisitos, el *Card. de Luc. de cens. disc. 7. n. 2.* Ibi: *Ad cuius effectum, vt dictum est copulativè requiruntur solemnitas hodiè consistens in Beneplacito Apostolico, & iusta causa necessitatis, vel evidentis vtilitatis, ita vt vnum sine altero non sufficiat, quoniam Beneplacitum Apostolicum non supplet causam. Cens. de cens. q. 24. n. 6. Molin. de iustit. & iur. tract. 2 disp. 468. n. 15. D. Covarr. lib. 2. var. cap. 17. n. 2.* Ibi: *Illud profectò est præ cæteris considerandum, in alienandis rebus Ecclesiæ non esse satis formam, & solemnitatem exactè servari, nisi & alienatio fiat in aliquo ex casibus, aut aliqua ex causis à iure permisis, vtrumque etenim necessarium est, vt valida sit alienatio. Rodrig. tom. 1. qq. Canon quæst. 27. art. 9. Ricc in prax. var. resol. resolut. 383. n. 3. Duard. de cens. §. 1. q. 22. n. 19.*

46. Esto se comprueba; porque estando por todos derechos prohibida la enagenacion de bienes de Iglesia, los A.A. que la permiten, dàn por causa para ella la evidente vtilidad, ò vrgente necessidad; con que, para que la Iglesia pueda hazerse capàz de executar acto prohibido, es indispensable se pruebe antes, que el que haze es permitido, y que sobre ello tome su Juez conocimiento; porque de otra forma, obrarà con notoria nullidad. Tolo comprehende *Masc. de probat. dict. conclus. 75. n. 12.* Ibi: *Igitur primò requiritur, ante quam deveniatur ad alienationem rei Ecclesiasticæ, cognitio causæ, an expediat Ecclesiæ, seu Monasterio illam alienationem fieri*; cita diversos A.A. y prosigue, ibi: *Amplia vt istud procedat, vt non solùm debeat cognosci circa causam alienationis, sed etiam circa rem alienandam*; Y en el *num. 13.* Ibi: *Et ratio est, quia cum regulariter alienatio rei Ecclesiasticæ sit prohibita, vt supra diximus, non potest deveniri ad alienationem huiusmodi, nisi causa legitima subsistente. Est ergo cognoscendum causa*

sub-

subsit, nec ne. Et an per istam causam expediat alienari potiùs vnum prædium, quam aliud quod dirimi habet per iudicem.

47. Tan comun es esta opinion, que se haze intolerable, quiera el Capellan fundar la contraria con los A.A. que cita en el num. 35. de su papel, quando estos corroboran mas, y mas lo probado por el Hospital, quien con ellos mismos tenia lo bastante, para la propuesta Conclusion. *Pinell. de bonis matern. 3. p. l. 1. n.* 31. lo que haze, es referir ambas opiniones, y negando *Bart.* y *Alber.* la validacion de semejante contrato, concluye dicho num. con estas palabras. Ibi: *Ego autem non dubito, opinionem Bart. & Alber. magis communem, & receptiorem esse, nec video, qualiter negari possit, quia iura apertissime habent, solemnitatem requiri in alienanda re minoris, vel Ecclesiæ, etiam si agatur de alienatione vtili, aliter enim decretum non interponeretur*: Con que no se alcanza sean las vozes de *Pinell.* adaptables à la opinion de el Capellan, quando claramente sigue la contraria; que tambien fundò el *Sr. Castill. lib. 4. controv. cap. 61.* pues aunque en el *num.* 22. lo cita el Capellan, alli solo propone vn argumento, para la question, que disputa en terminos de enagenacion de alhaja de menor, à que dà solucion en el *num. 39. vers. quintum etiam argumentum*; y si huviera proseguido leyendo el *cap.* hallàra en el *num.* 40. la sentencia de el Author. Ibi: *Deindè nam contrariam sententiam, imò deficiente forma, & solemnitate legitima, contractum minoris, vel Ecclesiæ nullum esse, quantumvis eorum contineat vtilitatem; atque inde, alienationem rei immobilis minoris, vel Ecclesiæ, etiam evidenter ipsis vtilem, non valere sine debita solemnitate, & iudicis decreto, Constanter defendit Arias Pinell. 3. p. l. 1. C. de bon. mat. n.* 31. y otros, que cita, *y prosigue.* Ibi: *Ita quoque ego firmavi in comment. de vsufruct. cap. 54. n.* 12. donde con otros defiende ser nulla la enagenacion de bienes de Iglesia, aunque vtil, si faltaron las solemnidades. Ibi: *Sic & econtra non sufficit alienationem rerum Ecclesiasticarum in evidentem Ecclesiæ vtilitatem, atque ex causis à iure permissis fuisse celebratam, nisi solemnitates etiam à iure requisitæ observatæ sint.*

48. Para citar favorable el Capellan à *Pignat. tom. 1. consult. 41. n. 26.* solo refiere estas sus palabras. Ibi: *Sicuti alienatio bonorum Ecclesiæ facta contra formam Extrav. Ambit. est valida, quando est vtilis Ecclesiæ*; las q̃ prosigue el Hospital Ibi: *Et ita sustinetur Ecclesia tamen volente. Hermos. in l. 4. tit. 5. partit. 5.*

Gloss.

Glosss. 7. n. 4. no ſigue la opinion de el Capellan, ni otra alguna, y ſolo de los fundamentos de ambas, y convinacion, que haze, infiere en el *num.* 11. lo miſmo que *Pignat.* que *aprobante Eccleſia ſuſtinetur contractus*; Con que eſtos dos A.A. dàn por valida la enagenacion vtil ſin ſolemnidades, ſi la Igleſia quiere aprobarla, en tanto grado, que dize *Hermoſ.* que ſolo la Igleſia puede intentar la nullidad. A lo miſmo alude lo que dize *Maſc. de probat. conc.* 75. *n.* 9. Ibi: *Siquis priorem opinionem ſequi voluerit, quæ eſt verior, & certior, dicere poterit poſteriorem opinionem poſſe procedere, non vt contractus alienationis valeat, & teneat abſque duobus requiſitis, ſed vt poſsit ratus fieri etiam ex intervallo per Eccleſiam adhibitis ex inde ſolemnitatibus.* Cuyo lugar debiò tener preſente el Capellan, y no el *num.* 7. en que ſolo refiere la otra opinion, ſin ſeguir el Author alguna, ſino en la forma, que explican ſus palabras, y teniendo por mas ſegura la primera, que es la fundada por el Hoſpital. Y el *Sr. Molin. de primog. lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 3. ſolo dize, que la vtilidad evidente es cauſa, para poder enagenar los bienes de Igleſia. De todo lo qual reſulta, que los Authores citados por el Capellan dicho num. 35. no ſolo no prueban lo que quiere, ſino que eſtàn contra producentem. Y aſsi con razon repite el Hoſpital, lo que à el num. 29. de ſu papel ſin ella dize el Capellan. *Magni pudoris eſt ore proprio convinci.*

49. Aunque huvo A.A. que dixeron, que la enagenacion de bienes de Igleſia ſiendole vtil ſubſiſte, con el defecto de las ſolemnidades de derecho, para probarlo, aſsimilan el contrato hecho por el menor ſin authoridad de ſu tutor, diziendo, como tambien lo haze el Capellan en el num. 37. que à la manera, que eſte ſiendo vtil es valido, lo es tambien el de la Igleſia ſin dichas ſolemnidades; pero no ſiendo cierta la propoſicion, que tal contrato de menor ſea valido ſin la authoridad de el tutor, y licencia de el Juez, aunque ſea evidentemente vtil, ceſſa el fundamento de aquella opinion. Y la incertidumbre de ſemejante propoſicion conſiſte en eſtàr lo contrario diſpueſto por repetidas Leyes de el Reyno, que ſon *l.* 60. *tit.* 18. *partit.* 3. Ibi: *Porque las coſas de los Huerfanos, que ſon raìz non ſe pueden ligeramente enagenar fueras ende por debda, ò por grand pro de los Huerfanos, aſsi como moſtramos en el titulo, que fabla de ellos. E aun eſtonce debeſe fazer con otorgamiento de el Iuez de el Lugar. L.* 4. *tit.* 5. *partit.* 5. *l.* 18. *tit.* 16. *partit.* 6. Y decidido por eſte Tribunal,

como

como refiere el *Sr. Castill. lib. 4. cap. 61.* (donde el Capellan lo cita) *num. 28.* fundando este por su opinion à *num. 29.* con innumerables A.A. y las citadas leyes, que la enagenacion, ù obligacion de bienes de menor, aunque le sea vtil, si se haze sin las solemnidades de derecho, es nulla, y lo mismo *Menoch. de arbit. lib. 2. cent. 2. cas. 171. à n. 60. Ant. Gom. tom. 2. variar. cap. 14. à num. 13.*

50. Fuera de que, aunque el fundamento de dicha opinion no tuviera tan clara falencia, no es valido el argumento de el menor à la Iglesia; y asi teniendo por valido el contrato de aquel, defiende por nullo el de esta, notando la disparidad *Aven l. de cens. dict. cap. 76. n. 9* Ibi: *Quia prædicta æquiparatio de minori ad Ecclesiam non rectè procedit, minor enim regulariter restituitur adversus quemcunque contractum; Ecclesia tamen, cum formalia habeat requisita, quæ inviolabiliter servari debent, deficientibus, deficit solemnitas, imo & substantia contractus, & consequentèr ad annullationem nulla indiget restitutione, cùm sine solemnitate ipso iure nullus sit contractus.*

51. Conociendo el Capellan, que nada prueban à su favor los A.A. que cita, se vale de la concordia, que de las dos opiniones trae *Zevallos Comm. contra comm. q. 675. n. 20.* reduciendose, à que si la Iglesia no se obliga, es valido el contrato vtil sin solemnidades, y lo contrario si de parte de esta ay obligacion. Pero esta concordia no puede acomodarla el Capellan à su intento, porque no puede negar, que si la redempcion fuera valida, estuviera el Hospital obligado à estàr, y passar por ella, à otorgar Escriptura, y entregar los titulos de pertenencia de el dominio directo de la Huerta, y su pension; Y constituìdo el Hospital en estas obligaciones, estamos en los terminos de ser, segun dicha concordia, el contrato nullo. La qual no sigue Hermos. (como dize el Capellan *loc. cit. n. 8.* pues alli no haze mas, que referirla, y pues en el *num. 11.* como và dicho, infiere, que vale semejante contrato, si la Iglesia quiere aprobarlo; Es visto, que mas se inclina, à que si se executa sin solemnidades, aunque sea vtil, es nullo, cuya opinion tiene por mas cierta, y segura el mismo *Zevall. loc. citat. num. 17.*

52. Idèa el Capellan otra convinacion en el *num. 44.* infiriendola de los A.A. que cita en el 43. aunque con violencia; de que los A.A. que quieren *simul* con la vtilidad, el Assenso

Apoſtolico hablan de vtilidad preſumpta, y los que afirman, ſer ſolo baſtante la vtilidad ſin el Aſſenſo, hablan de vtilidad evidente, y que ſiendo tal la que le reſultò à el Hoſpital, procede ſer valida la enagenacion ſin ſolemnidades; En cuya voluntaria concordia eſtà convencido, porque los Authores, que vàn citados en los num. 43. 44. y otros, requieren para la validacion del contrato *copulative* la vtilidad con el Aſſenſo; Es aſsi que hablan de la vtilidad evidente, que de el contrato le reſultò à la Igleſia, como literalmente conſta de ſus palabras yà citadas; luego los que afirman ſer neceſſario el Aſſenſo *ſimul* con la vtilidad, no hablan de la preſumpta, ſino clara, evidente, è indubitada. Mas: para preguntar la queſtió tanto los A.A. de vna, como de otra opinion, ſuponen averle reſultado de el contrato vtilidad à la Igleſia: luego los que ſiguieron la de la nullidad, hablaron de vtilidad verdadera, y real, pues dàn eſta por cierta, para preguntar, ſi aviendole reſultado, ſerà nullo el contrato por defecto de ſolemnidades; *Tunc ſic*: Eſta vtilidad verdadera, y real ſe opone à la preſumpta: luego implica, que hablaſſen de eſta, y conſiguientemente no tiene fundamento alguno eſta concordia.

53. Y la que lo tiene, es que, los que niegan ſer valida la enagenacion con vtilidad, ſin las ſolemnidades, requieren eſtas previas à el contrato; Y los que afirman ſer valida, hablan, queriendo deſpues la Igleſia paſſar, y eſtàr por el contrato, aprobandolo, y conſiguiendo, para ſu validacion el Aſſenſo. Y en eſta forma pudiera el Capellan reducir à concordia las opiniones, y fuera fundado en *Pignat. Hermoſ.* y *Maſcard.* que citò por ſu opinion, cuyas palabras vàn dichas en el *num.* 47. y en *Matienz. lib.* 5 *tit.* 3. *recop. l.* 2. *Gloſſ.* 1. *n.* 19. Ibi: *Et quamvis tenere velis contrariam ſententiam, eam limita, & intellige niſi minor, vel Eccleſia velint ſtare contr actui, ſine ſolemnitate facto, poterunt enim nova ſolemnitate adhibita cogere adverſarium ſtare contractui.* Y *Avend. de cenſ. dict. cap.* 76. *n.* 10. Ibi: *Quæ reſolutio, vel non eſt vera, vt quia ea, quæ debent formaliter intervenire, non ſufficit, ſi ſequantur, vel eam benignius interpretando intelligere debemus, vt valeat alienatio à die, quo ſolemnitas intervenit.* Y en eſta fundada inteligencia, bien en la ſentencia, que afirma, bien en la que niega la validacion de ſemejante contrato, no aviendo antecedido, ni ſubſeguido las ſolemnidades, ni queriendo el

Hoſpi-

Hospital aprobar la redempcion; procede sin disputa su clara nullidad.

54. Esta la padece el contrato, y todo lo dicho hasta aqui procede, en caso, que para èl huviesse necessidad vrgente; (que en este no intervino, como và dicho *num.* 41. y 42.) Y aunque lo contrario intenta probar el Capellan en el *num.* 46. de su papel, afirmandolo, es sin controversia, no necessitarse en este caso Assenso Apostolico, para la validacion de el contrato; para que cita à el *Carden. de Luc. de alienat. disc.* 1. *n.* 119. *Barbos. de Offic. & potest. Episcop. part.* 3. *alleg.* 95. *n.* 58. *Mascard. dict. concl.* 75. *n.* 29. *Hermos. l.* 5. *tit.* 5. *partit.* 5. *Gloss.* 1. *n.* 98. *Gracian.* y *Far.* Estos A. A. hablan en el caso, que sea tan imminente la necessidad, que no pueda esperar la dilacion de obtener el Beneplacito Apostolico: *Luc.* Ibi: *Secundo sub eadem Extrav. non cadit casus magnæ, ac imminentis necessitatis non patientis dilationem obtinendi Beneplacitum à Sede Apostolica*, y con las mismas vozes se explican los demàs; Es assi que por mas vrgente, que se quiera considerar la necessidad en el Hospital, podia sufrir esta demora: luego los A. A. nada prueban, ni vienen al caso, quando el Hospital (como immediatamente se dirà) no necessitaba de recurrir à Roma por el Assenso.

55. Pudiera averse omitido todo lo que và dicho; porque à la duda propuesta dà lugar la *Extravagante*, baxo de cuya disposicion no se comprehende el Hospital, por tener este, para sus enagenaciones especial forma prevenida por Bulla expedida por la Santidad de Clemente VII. de que se ha presentado certificacion en esta instancia, con citacion de el Capellan (fol. 352.) cuyas palabras son estas. *Y assimismo les concedemos, que los bienes, que por tiempo tuviere dicho Hospital, puedan ser por los dichos Priores enagenados en evidente vtilidad, y provecho de el dicho Hospital, de licencia de el Ordinario, ò su Oficial, que para ello por Authoridad Apostolico diere, sin otra licencia de la dicha Sede Apostolica*; Y previniendo esta Bulla requerirse *copulative* la evidente vtilidad, y licencia de el Ordinario, y no dando à los Patronos facultad, para que en otra forma enagenen: Es visto no tenerla, para enagenar sin estos previos requisitos, y consiguientemente es nulla la licencia, que à el Administrador dieron, para otorgar la redempcion, ò à el menos se ha de entender fuè dada, para que se hiziesse, precediendo estas solemnidades; lo que

se

se comprueba de el mismo acuerdo, què celebraron, en que dizen, que el Administrador otorgue la Escriptura con todas las fuerzas, y firmezas en derecho necessarias, y para ello le dàn la licencia, y poder, que tienen por Bullas Apostolicas; por estas no tienen otra, que la de poder enagenar con dichos requisitos, y las fuerzas, y firmesas, que el derecho requiere, son dichas solemnidades: luego la referida licencia se ha de entender, que no queriendo los Patronos exceder de su facultad, la dieron, para que se otorgasse la Escriptura precediendo la informacion de vtilidad, y licencia de el Ordinario; y si se quiere considerar en otra forma, es claro no pudieron dàrla.

56. Contra esta Bulla se opone por el Capellan en el num. 51. de su papel, no consta, estàr presentada ante el Ordinario. Cuyo reparo pudiera averlo opuesto, quando se le diò traslado de ella, y se le huviera satisfecho cō la realidad de estàrlo, como tambien las demàs de el Hospital; y por ello à pedimento de su Mayordomo se reimprimiò el año de 1690. Y yà que los Autos no permiten dilacion, (que solicita el Capellan) puede contentarse, con que ni el Hospital vsarà de ella, ni se le permitiera, si le faltara este requisito, que en la Certificacion, que se le diò no fuè necessario expressarlo, y si por tan precisso lo tiene el Capellan, el Hospital tiene à su favor la presumpcion de que no le falta, pues vsa de dicha Bulla.

57. Lo segundo, que opone, es, que *per non vsum* està derogada, y no puede valerse de ella el Hospital, afirmando, no aver vsado de ella en dos siglos. Lo que à la verdad es voluntario; pues el Hospital en qualquiera enagenacion, hà guardado su forma, y nada lo acredita mas, que el que por no averse vsado de ella, para la redempcion de este Censo, ha salido pidiendo el reconocimiento de èl, alegando aver los Patronos carecido de facultad, para lo que executaron. Y aunque el Capellan cita diferentes A. A. para probar, que *per non vsum, & vsum contrarium*, se pierde el privilegio, pudiera reparar, que el *Sr. Castill. de tert. cap. 19.* en que lo cita, à el *num. 13.* dize, que el que intenta, estàr perdido el privilegio, por no aver el privilegiado vsado de el, debe probarlo, y lo mismo *Garc. de nobilit. Gloss. 6. n. 39. vers. vnde in privilegio, & Gregor. Lop. in leg. 42. tit. 18. partit. 3. verbo fasta treinta años in fine*; y que no hà probado el no vso, que supone en el Hospital, cuyo privilegio dizen estos Au-

thores, se presume siempre estàr en vso, y no averse perdido, y que es *probatio probata*; Con que ademàs de ser incierto el no vso, y no averle probado, tiene el Hospital à su favor la presumpcion de existir su privilegio; Y dado, que fuesse cierto, que no se concede, que algun Administrador no huviera vsado de èl, no podia esto perjudicar à el Hospital, y sin embargo de ello pudiera vsarlo, quando le pareciesse. *Ita Card. de Luc. de Parroch. disc.* 24. (que es el que el Capellan cita) *n.* 8. para cuya comprobacion refiere diferentes decisiones.

58. Y no pudiendo aver costumbre valida, para que los bienes de las Iglesias se enagenen sin las solemnidades, *vt ait D. Covarr. lib.* 2. *var. cap.* 17. *n.* 4. *& Duard. de cens.* §. 1. *q.* 22. *n.* 28. Ibi: *Nam solemnitas à Canonibus requisita in alienandis bonis Ecclesiarum, non potest consuetudine remitti*; No teniendo otras el Hospital, que las prevenidas por su Bulla, aunque huviesse costumbre de enagenar contra su forma, siempre que quisiesse podia vsar de ella, sin que por semejante costumbre se entendiesse derogada. Y finalmente, si el Hospital careciera de esta Bulla, quedaba sugeto à la disposicion de la *Extravrg.* segun la qual và fundado, ser nulla la redempcion de su Censo, por defecto de solemnidades, aun en el caso de vtilidad evidente, ò vigente necessidad.

59. Si los Patronos pudieran consentir en la redempcion de el Censo, sin otra solemnidad, aun todavia no fuera valido su consentimiento en el caso presente; pues el censo perpetuo no se puede redimir sin consentimiento de ambas partes, y assi se requiere pro forma, y como tal debe preceder, ò intervenir en el acto; y no convalida su nullidad, aunque se subsiga. *Gonzal. in reg.* 8. *Cancell. Gloss.* 47. *n.* 33. Ibi: *Quod limita, nisi consensus requiratur formalis, seu authorizabilis, quia tunc si non concurrit in ipso actu, est actus à principio nullus, & quamvis posteà consensus sequatur, actus non convalescit. Anton. Gom. in leg.* 54. *Taur. n.* 5. *D. Salg. de suppl.* 1. *part. cap.* 13. *n.* 66. *& alij quam plures*; Y el consentimiento, que dieron los Patronos, para dicha redempcion, fuè posterior à la condicion de la postura de el Albacea de Roxas, de que los tributos perpetuos quedassen redimidos; pues esta fuè en 5. de Abril, y el consentimiento en 2. de Septiembre de 702.

60. Vltimamente la licencia de los Patronos, para que

el

el Administrador otorgasse la Escriptura de redempcion, como fundada en siniestra relacion, y falsa causa, (aun sin las circunstancias yà expressadas) no podia obrar efecto alguno, *iuxta l. si obrepserit. ff. ad Leg. Corn. de falsis*, con la qual, y con el *cap. dicenti 25. q. 2.* y muchos A.A. funda el *Sr. Salg. de suppl. 2. part. cap. 30. §. 3. n. 34.* que el rescripto expedido con estos vicios, no tiene efecto, y lo mismo, hablando de la licencia, para enagenar bienes de Mayorazgo. *In labyr. part. 1. cap. 37. à n. 42.* Y la falsa relacion, que hizo el Administrador, y en cuya virtud se movieron los Patronos à dàr su licencia consiste; lo primero: en que informò, estàr apreciada la Huerta en 19U. rs. y como consta (fol. 165.) por mandado de la Sala, se avia apreciado en 21. de Mayo de el mismo año, en 29U865. rs. Lo segundo: que asegurò, estàr yà depositado el precio de el remate, y como consta de el papel de el deposito, (fol. 181.) este se hizo en 7. de Septiembre, cinco dias despues de la licencia.

61. Las falsas causas, que movieron à los Patronos llevados solo de el dicho informe, fueron, la primera: Estàr la Huerta expuesta à perderse con el riesgo de las avenidas, y que por esta razon no era finca permanente; lo que se convence; pues desde el año de 533. en que el Conde la diò à Frutero, hasta el de 702. en que el Administrador solicitò dicha licencia, corrieron 169. años, y en ellos no se experimentò, aun con avenidas, que huvo, detrimento alguno, ni se espera tan proximo por el lindero del Rio, quando el Albacea de Roxas hizo tantas diligencias por comprarla, que constan de los Autos, para fundàr memorias tan perpetuas, como las Capellanias, que con efecto se erigieron por el Ordinario, quien no huviera hecho la ereccion sobre cosa expuesta à tantos riesgos. La segunda: que poniendose en arcas el dinero, y empleandolo à 20U. el millar, produciria mayor renta, y con mayor seguridad, que es en la que por informe de el Administrador se fundò la vtilidad; pues redituaba solo, y se avia de percebir el principal à razon de 30U. el millar; Cuya causa no arguye vtilidad, pues no pudiera serlo reducir vn censo perpetuo à redimible, aunque de este se perciban mas reditos, por estàr expuesta la Obra Pia, à que el Deudor lo redima, quando quiera, y tener el principal detenido en arcas todo el tiempo, que no se hallàre finca segura, en que imponerlo, lo que aun desde entonces se huviera ex-

peri-

perimentado; por no constar, que huviesse, en què hazer la imposicion. Y aunque dize el Capellan, que si immediatamente, que el principal se depositò, lo huviera sacado el Administrador, huviera el Hospital interessado la vtilidad, que và de 3. à 5. por ciento; Esto solo tuviera lugar quando constara, aver yà la finca para la imposicion, y el Hospital huviera sido libre, para sacar el dinero de el deposito, que no lo fuè; pues este segun el papel se hizo en 7. de Septiembre de 702. y la sentencia de graduacion fuè en 28. de Julio de 706. y se executoriò en 19. de Enero de 707. todo despues de la quiebra, y antes de la graduacion no era parte el Hospital para sacar el dinero de el deposito, y en no averlo hecho, no se le puede arguìr omission. La tercera: que lograba quitarse de vn pleyto de vn Concurso, y sus costos; lo que fuè mera ponderacion de el Administrador, pues el pleyto estaba yà en estado de graduacion, para la qual no tenia, como de hecho no tuvo, que alegar cosa alguna el Hospital, sino solo esperar la Sentencia, como con efecto la huvo, sin que para ella tuviesse necessidad de nuevos costos.

MEDIO TERCERO.

El deposito no fuè legitimamente hecho, y assi no es de cuenta de el Hospital su perdida.

62. FVndada yà en los dos medios antecedentes la nullidad de la redempcion de el Censo, se manifestarà mas en este averla contenido, por no averse hecho el deposito, como se debia, y que su perdida no debe ser de cuenta de el Hospital; y aunque lo contrario intenta probar el Capellan desde el num. 53. hasta el 55. de su papel, es en terminos de deposito, que *iussu iudicis* haze el comprador de el valor de alhaja rematada en publica subhastacion, y no de deposito de principal de censo, para su redempcion; siendo esto vltimo lo que conduce à este pleyto, y no la question, que mueve el Capellan. Lo que se prueba; el Hospital no pide el precio de la Huerta rematada, sino que se le reconozca el Censo, à que està afecta: luego, siendo la exepcion de el Capellan, aver cumplido con el deposito, lo que se ha de ventilar, es, que requisitos son neces-

necessarios, para que el deposito de principal de censo se haga de forma, que el deudor quede libre? Mas: Si el Albacea de Roxas, quando comprò la Huerta huviera sido, sin la condicion, de que avian de quedar redimidos los censos, no ay duda, huviera depositado solo lo que, baxados sus principales, era precio liquido de ella: luego si depositò toda la cantidad de el remate, este deposito por lo que mira à el principal de el censo, fuè como de redempcion, y no como valor de alhaja rematada; Y la diversidad, que ay entre vno, y otro deposito la tienen confessada el Capellan, y Albacea en pedimento, (fol.252.) en que dixeron, litigando con el Hospital de el Amor de Dios, *que aunque sea de su cuenta la decoccion de la Caxa de plata, donde se depositaron los 3ʒ112. rs. de el principal de el Censo, que no debiò depositar, es de cuenta de la contraria el residuo, hasta los 4ʒ455. rs. que por entonces avia de aver por reditos de su Censo, pues este residuo debiò depositarlo mi parte, como lo hizo.* De que resulta ser distinto el deposito que se haze de precio de alhaja rematada, que dixo el Capellan no ser de su cuenta, de el de principal de Censo, que confessò correr à su riesgo, y que de los requisitos de este, y como quede por èl libre el deudor, se ha de tratar.

63. En cuyo caso es corriente disposicion de derecho, que para que el deudor quede libre de los reditos, y la perdida de el deposito no sea de su cuenta, lo ha de hazer con citacion de el dueño de el Censo. *Text. express. l. acceptam C. de vsuris. Hermos. in leg. 2. Gloss. 4. tit. 3. partit. 5. n. 87. Rodrig. de ann. redit. lib. 2. q. 15. n. 52.* Ibi: *Alioquin si debitor nulla congrua creditoris, vel eorum, ad quos expectat interpellatione; vel inquisitione præmissa, etiam testato, vel etiam iudice addito, redimere offerat, etiam si sortem cum reliquis consignet, non proderit, quia cosignatio non valet, nisi præcedenti debiti oblatione ei, cui debetur. Giurb. decis. 98. n. 11.* Ibi: *Quartum est, vt parte citata fiat. Menoch. de arbitr. lib. 2. cent. 3. cas. 232. n. 29. Guzm. de evict. q. 18. n. 31. Cens. de cens. q. 111. n. 20. Ciriac. controv. 158. n. 24.* Ibi: *Vt depositum legitime fiat, opus est, quod præcedat realis oblatio cum pecunia extra marsupium, deinde creditore recusante, quod eo citato, vel salt em presente fiat depositio pecuniæ obsignatæ, aliàs nullum est depositum.*

64. Tan rigorosa, y necessaria es la citacion à el Acreedor, para que el deposito de principal corra de su cuenta, que *Cens. loc. citat. n. 57.* afirma, que si se le ha hecho à el dueño, y

antes de percebirlo, debe hazerse saber de nnevo à sus herederos, sin que à estos perjudique la hecha à su Author. *Ciriac. Giurb. &* *Rodrig. loc. cit.* que el deposito hecho sin la solemnidad de la citacion, es nullo. Y *Hermos. loc. cit.* que solo haziendose con ella, serà el riesgo de el Acreedor; conviniendo todos en ser esto necessario, tambien con la authoridad de el Juez; porque como quiera, que el Juez no puede perjudicar el derecho de las partes interessadas, es precisso que con citacion de estas se execute qualquiera diligencia, para que les pare perjuycio

65. Y que à el Hospital no se citasse, para dicho deposito, resulta de los Autos, en que no se halla diligencia, que tal citacion contenga; repitiendose este defecto, a un despues de executado el asserto deposito; pues aviendo el Albacea en 11. de Septiembre de 702. presentado el papel de la Caxa con fecha de el dia 7. de tener esta en su poder los 3U. ducados, (aun sin expressarse, que por via de deposito) pidiò la possesion de la Huerta, y desde luego se le mandò dàr, y diò, sin otra diligencia, ni requerimiento à el Hospital, para vèr hazer el deposito, como era precisso, ni para recebir el principal despues de hecho; con que no puede ser de cuenta de el Hospital, ni la Huerta pudo quedar libre de la pension, à que està afecta.

66. Quiere el Capellan subsanar este defecto de citacion con dezir en el num. 56. es implicacion afectar el Hospital defecto de consentimiento, quando à su instancia se abriò el remate hecho en Bustamante, y se admitiò la condicion de redimirse los tributos perpetuos. Pero esto, aunque fuesse cierto, solo probaba consentimiento en la redempcion, y venta de la Huerta, pero no en el deposito. Todos los A. A. *supra* citados, en terminos de censo redimible, en que para su redempcion ay de necessidad consentimiento de el Acreedor, la dàn por nulla, si à este no se le cita, para el deposito: luego aunque el Hospital consintiesse en la redempcion, y en la venta de la Huerta, no se infiere, consintiò en el deposito hecho; porque mal pudo, sin aversele para èl citado, ni sabido que se hazia, consentirlo; y queriẽdo redimir el Cẽso pudo no cõsentir en aquel determinado Depositario, aunque conviniesse, en que el principal se depositasse; con que concurre, que aunque de el consentimiento en la redempcion se infiriesse el de el deposito, este consiguiente padeciera el vicio, que el antecedente; Es asi, que este, como

và probado, contiene el de nullidad: luego lo mismo sucediera con el deposito. Además, de que el Capellan procede con equivocacion en dezir, que à instancia de el Hospital, se admitiò la condicion de el Albacea; porque fundandose en el pedimento, (fol. 161.) este solo fuè para que se abriesse el remate hecho en Bustamante, y se admitiessen las pujas, porque avria quien diesse mas por la Huerta; y aviendo sido este remate sin semejante condicion, no se puede arguìr consentimiento de ella por dicho pedimento, que quando algo de èl se sacàra, fuera solo en la redempcion, y no en el deposito.

67. Convencido en esto el Capellan, arguye aver avido de parte de el Hospital consentimiento tacito, y expresso en el deposito, infiriendo el primero, de que aviendosele dado traslado de el deposito, que Bustamante hizo de el resto, cumplimiento à el todo de el remate, y acusada la rebeldia nada dixo; en lo qual tambien se ha equivocado; aunque es cierto, se halla (al fol. 175.) pedimento de Bustamante, en que dixo, presentaba vn papel de deposito de 9ꝟ. rs. cumplimiento à el todo de el remate de la Huerta, de que pidiò possession, y de ella se le notificò traslado à el Procurador de el Hospital, la acusacion de rebeldia no se encuentra en los Autos; y cessando con esto este reparo, no necessitaba mas satisfaccion. Y aunque tal acusacion de rebeldia huviesse, no por esto se entendia consentido el deposito; pues à quien se le notificò el traslado, y aquien se le huviera acusado, fuè, y fuera à el Procurador, quien no era parte para dàr semejante consentimiento, como se dirà. Y aunque lo fuesse, no se entendia consentido el deposito; porque el consentimiento tacito aun de la misma parte no es bastante, por requerirse expressa aceptacion, para que el deposito sea de su cuenta. *Canc. 3. part. var. cap. 8. n. 20. Giurb. decis. 87. n. 19.* Ibi: *Nec satis est dicere, quod expresse depositum non recusaverit, quinimo requirebatur quod expressè illud aceptasset, vt sibi præiudicaret;* Y menos lo serà el tacito por contumacia, para el acto donde se requiere lo aya verdadero. *Dict. Giurb. decis. 14. n. 12.* Ibi: *Nec obstat tacitus ille consensus ex contumacia, quia licet contumax habeatur pro consentiente, quoad proprium præiudicium, actus tamen, qui verum pro sui validitate requirit censum non ob id erit validus*, y lo prueba con *Barbos. in leg. quæ dotis ff. solut. matrim. num. 158.* y *Felin. iu cap. cum omnes n. 32. ad infinem de Constit.* Además, que

el traslado apelò solo sobre la possession; y aunque fuesse sobre el deposito, no es este de el que oy se trata, sino de el que hizo el Albacea, y aun para aquel no huvo consentimiento, ni citacion, ni se pudo tener por cumplido con esta, por aquel traslado, por aver sido esto posterior à el deposito hecho, y donde el consentimiento se requiere *pro forma* debe anteceder, ò concurrir en el mismo acto, como và fundado en el num. 59. Y aunque el Hospital huviesse consentido en aquel deposito de Bustamante, (que se niega) por esto no se infiere, aver consentido en el de el Albacea, que es sobre el que se sufre el pleyto.

68. El segundo lo induce, de que ha avido repetidos actos, por los quales ha consentido el deposito el Hospital; y que estos aunque subsiguientes à el acto, lo ratifican; porque el consentimiento que sobreviene, ratifica, y convalida lo antes hecho sin èl; fundalo con el Sr. *Salg. de retent. 2. par. cap. 17. n. 48.* Ibi. *Ita demùm posse quem ratum habere, quod ab initio non subsistit, si nullam solemnitatem desiderat præter consensum, & voluntatem. Narbon. in l. 10. tit. 6. lib. 1. recop. Gloss. 3. n. 27. Garc. de benef. part. 5, cap. 9. n. 243. & 281. Giurb. decis. 14. n. 1. & cum text. express. in §. fin. instit. de milit. testam.* Con cuyas doctrinas arguye el Hospital à el Capellan *ad hominen.* en esta forma. Quando no se requiere otra solemnidad fuerà de el consentimiento, puede este, conforme à estos A.A. ratificar el acto antes hecho sin èl: luego si se requiere otra solemnidad mas que el consentimiento, no podrà este ratificar lo hecho sin èl. Esta consequencia à mas de ser legitima, la corrobora, el que quando se requieren mas solemnidades, que el consentimiento, para que la ratificacion sea valida, es precisso intervengan en ella las mismas solemnidades, que se necessitan en la execucion de el acto. *Surd. cons. 28 n. 120.* Ibi: *Secundò respondetur, quod ratificatio, vt sit valida, debet continere omnes solemnitas necessarias in confectione actus:::: ratihabitio enim est quasi contractus, & in quasi contractu requiritur eadem solemnitas, quæ in contractu. D. Valenz. Velasq. cons. 177. à n. 44. D. Salg. in labyr. 2. part. cap. 10. num. 62.* Es assi, que para consentir en la redempcion, y deposito de su Censo el Hospital, *præter voluntatem Patronorum*, necessitaba de la informacion de vtilidad, y licencia de el Ordinario, como và fundado: luego de las mismas doctrinas citadas por el Capellan lo que se infiere es, que el consentimiento solo posterior de

el

el Hospital, no pudo ratificar el deposito, ni redempcion hecho sin solemnidades.

69. Bastante satisfaccion era esta à lo expuesto por el Capellan, pero sin perjuizio de ella, se responde, que los actos, que propone, no induzen ratificacion de el deposito. Es el primero, que aviendo el Albacea hecho el deposito, pedido, y tomado la possession de la Huerta, pidiò el amparo, de que se diò traslado à el Hospital, quien nada dixo, de que infiere, que aviendosele dado traslado de el deposito hecho, possession tomada, y amparo, por no averlo contradicho, consintiò en todo lo executado, y por consiguiente en el deposito. Pero està engañado el Capellan, en que de el deposito hecho, y possession tomada por el Albacea, se le diesse traslado à el Hospital; porque tal no encontrarà en los Autos, y lo que solo hallarà, es averse notificado à su Procurador traslado de el amparo, pedido por el Albacea, y à su continuacion el Auto, en que se le mandò dàr, sin acusacion de rebeldia, ni otra diligencia alguna, que aunque se huviesse acusado, precedian las doctrinas de el num. 67. Ademàs, que aunque de todo se huviesse dado traslado, y notificado (como se notificò solo el de el amparo) à el Procurador de el Hospital, la taciturnidad de este, no podia aprobar el deposito, porque para que este se haga legitimamente, y el censo quede redimido, no basta citar à el Procurador de el Dueño, por deberse hazer à este personalmente. *Hermos. in l. 2. tit. 3. part. 5. Gloss. 4. n. 88.* Ibi; *Decimo quarto requiritur, quod talis citatio fiat personis legitimis, quæ libere possint recipere solutionem.* *Rodrig. de red. lib. 2. q. 15. n. 54.* y *Cens. de cens. q. 111. n. 8.* dize, que si el censo es de algun Collegio, Monasterio, &c. debe hazerse la citacion à los que representan juntos en su Congregacion. Lo que *Barb. vot. 80. n. 5.* y *Giurb. observ. 69. n. 1.* estienden procede, aunq̃ el Procurador tenga poder cõ libre, y general administracion, que ni aun esto tenia el de el Hospital, como consta, (fol. 350. y 381. R. 1.) y aun por mas general que fuesse, no podia comprehender la redempcion, y deposito, como con el *Sr. Covarr. Greg. Lopez, Gutierr. de iuram.* y otros funda el *Sr. Larr. decis. 19. n. 9.* Ibi: *Maximè, quia mandatum quantumcunque generale non comprehendit, quæ valdè præiudicialia, vt alienatio, & census extintio, vel redemptio, nisi apertè exprimatur;* Con que aunque todo lo concerniente à redempcion, y

depo-

deposito se huviera substanciado, sin defecto de diligencia alguna, con el Procnrador, aun aviendo este expressamente consentido, no podia perjudicar à el Hospital, por contener notoria nullidad.

70. El segundo acto, con que prueba el Capellan la aprobacion de el deposito, es por aver el Hospital hecho cargo à su Administrador de los 10U500. rs. y aver alegado en el pleyto contra sus fiadores, debian lastar esta cantidad, por dos motivos; el vno: por averlos cobrado como tal Administrador; y el otro: por la culpable omission, que este tuvo en no aver otorgado la Escriptura de redempcion, por cuya causa sucediò la quiebra de la Caxa, y debia no solo satisfacer dicha partida, sino tambien el principal de el Censo; De cuya alegacion ajusta no solo la aprobacion de la redempcion, sino la de el deposito, que corria à cuenta de los Acreedores, y por esso persigue los bienes de su Administrador, y Fiadores. De esto tampoco se infiere ratificacion; porque en aquel pleyto el Hospital solo pedia los 10U500. rs. que el Administrador cobrò en cuenta de los reditos, que se debian, que importaban 11U589. rs. con que esta partida no la cobrò el Administrador por cuenta de el principal, ni pudiera, porque este conforme à los A.A. supracitados no puede pagarse por partes; y fuera de esto la paga, que el deudor haze, se entiende en cuenta de reditos, y no de principal. *Sard. cons. 290. n. 61. Scac. de comer. §. 2. Gloss. 5. n. 99. Cens. de cens. q. 103. n. 12. con la l. 1. C. de solut. & l. vsuras 21. C. de vsur.* y en este caso con mas razon; porque aun cobrando el Administrador los 10U500. rs. todavia resultaba el Hospital Acreedor por razon de reditos en 1U089. rs.

71. Fuera de que el Hospital no hizo cargo à su Administrador de la partida de el principal de el Censo, sinò solo, para fomentar el de los 10U500. rs. alegò, que aun debiera ser de su cuenta el principal, pero no se encuentra, que de esta partida se le hiziesse cargo, sino solo de la de los 10U500. rs. que no hizo presente en la Secretarìa, ni à los Patronos à el tiempo, que los moviò, para el acuerdo, en que se dize, aver consentido en la redempcion del Censo; Y assi no infiere bien el Capellan, que por considerar el Hospital bien hecho el deposito persigue los bienes de su Administrador; pues yà và dicho, que no le pidiò mas, que los 10U500. rs, que estos, ni fueron parte de el

depo-

deposito, ni de el principal; y tampoco infiere bien, que por este hecho aprobò el Hospital la redempcion; pues aunque huviera pedido todo el principal, ò parte à los bienes de su Administrador, este no se podia tener por acto de aprobacion de redempcion, ni de deposito; porque aunque la Iglesia, cuyo Superior enagenò alguna alhaja, sin las solemnidades de derecho, pida su precio, por esto no se entiende ratifica la enagenacion. *Surd. cons. 28. n. 121.* Ibi: *Quod Capitulum agendo ad prætium rei alienatæ per Prælatum absque solemnitate, non videtur contractum alienationis ratificare, quia in ratificatione illa met solemnitas est necessaria, quæ servari debet in alienatione*, y refiere ser doctrina de *Innoc. in cap. cum dilecti vers. sed dices de empt. & vendit.* Si esto procede aun pidiendo expressamente la Iglesia el precio de la alhaja enagenada, con mucha mas razon no se puede inferir aprobacion, de que el Hospital dixesse, y alegasse acerca de la omission de su Administrador en los Autos contra este, por ser aquello vn mero hecho de el Procurador, mirando solo à esforzar el legitimo cargo de la partida de los 10U500.

72. Tanto el Capellan, como el Albacea han estado en la inteligencia (y con razon) de no deber el deposito correr de cuenta de el Hospital, ni la Huerta aver quedado libre de el censo; pues en 5. de Abril de 704. pidiò el Albacea (fol. 205.) se notificasse à los Acreedores hiziessen vèr los Autos sobre graduacion, para que les otorgassen las Escripturas de redempciones de los Censos, y que de otra suerte bolverìa la Huerta à el Concurso, y sacaria del deposito los 33U. rs. para otro empleo de las Capellanias. Cuyo pedimento no es otra cosa, que vna clara confession, de que el Censo de el Hospital no estaba redimido, ni el deposito era de su cuenta; porque si el riesgo de el deposito lo tuvieran los Acreedores, no dixera el Albacea, que sacarìa el dinero de el deposito, y bolveria la Huerta à el Concurso; pues si yà estuviera seguro, lo mas que pudiera pedir, fuera la Escriptura de redempcion, estando el pleyto graduado, pero no fuera Dueño, ni como comprador, ni como redimente de bolver la Huerta al Concurso, y sacar el dinero de el deposito.

73. Oponese à esta clara confession, y hecho proprio de el Albacea por el Capellan, lo primero; que dicho pedimento mirò solo à comminar à los Acreedores; pues no consistia yà en voluntad de el Albacea bolver la Huerta à el Concurso, por

estàr

estàr yà espiritualizada. Y lo segundo, que yà no era el Albacea parte legitima, para semejante confession, porque aviendo yà fundado las Capellanias, no tenia facultad, para otra cosa. Però à vno, y otro se satisface, con que como quiera, que el riesgo de el deposito pertenece siempre à el deponente, quien tiene su dominio, *vt constat expresse ex l. 17. §. 1. ff. Depositi.* Ibi : *Rei depositæ proprietas apud deponentem manet* ; pues no debiendo quedar in pendenti ha de tener algun Señor, no el Depositario, por la misma naturaleza de el deposito, ni el Acreedor, por no adquirir este el dominio antes de recebir el dinero: luego es de el deudor, que deposita, y de cuenta de este corre siempre el riesgo, hasta que el Acreedor lo percibe. Como todo lo comprehendiò el *Sr. Larr. tom. 1. decis. disput. 19. n. 23.* Ibi :*Vt quamvis debitor obsignando sit ab obligatione liberatus tamen vsque quo recipiat creditor, adhuc dominus pecuniæ manet, ex regula iuris, vt rei depositæ proprietas apud deponentem maneat, sed & possessio. Non debet enim in pendenti dominium esse, depositarius non habet ex natura depositi, creditor non acquirit prius quam pecuniam recipiat, & debitor non amittit, nec voluit, nisi postquam alter receperit, ideò deponentes, quia & domini manent rerum, quæ deposito continentur, ad earum sumptus, periculum, & damnum tenentur* ; y lo funda con muchos textos. Conociendolo assi, y teniendose por Señor el Albacea de el dinero depositado, no fuè solo comminacion la de que avia de sacar el dinero de el deposito, sino vsar de su derecho, y fuè parte legitima, para salir à los Autos, ni se puede dezir, *que fuit functus offitio suo* con el deposito, que hizo, pues retenia su dominio, y precaviendose de el riesgo, que podia sobrevenir, estimulò à los Acreedores, substanciassen el pleyto, para que percibiendo estos el dinero, èl quedasse libre.

74. Ademàs, que en afectar el Capellan, que el Albacea no era parte, se implica, con lo que intenta probar en el num. 60. de que basta citar à el Señor de el Censo, despues de hecho el deposito, para que el deudor quede libre, cuya citacion si se omitiò no incumbia à las Capellanias ; porque no aviendose hecho esta citacion aun posterior à el deposito, y siendo necessario la hiziesse el Albacea, por ser el que redimia, confessandose tener todavia, que hazer esta diligencia, es implicacion, que fuera parte para hazerla, con que huviesse espirado su oficio con el deposito, que hizo ; y lo tiene assi confes-

sado

ſado el Capellan, pues juntamente con el Albacea ſiguiò el articulo con el Hoſpital de el Amor de Dios, como và dicho en el num. 6. y ambos confeſſaron ſer de ſu cuenta la perdida de el principal de el Cenſo, porque no lo debieron depoſitar.

75. Confeſsòle otra vez por el Albacea ſer de ſu cuenta el depoſito; porque como conſta de el teſtimonio (fol. 281.) en la junta general de Acreedores de la Caxa de Morales de 18. de Diziembre de 1713. concurriò en virtud de poder de dicho Albacea por los dichos 3U. ducados Thomàs Franciſco Diaz; y ſi no fuera de ſu cuenta el depoſito, y la Huerta huviera quedado libre, fueran aquellos 3U. ducados de el Concurſo, y ſus Acreedores, y à eſtos, y no à el Albacea, competia pedirlos. A lo que no ſatisface el Capellan, con que dicho Diaz pudo concurrir por otros creditos de la diſpoſicion; porque aunque de hecho huvieſſe concurrido por otros creditos de la miſma junta, conſta que concurriò expreſſamente por dichos 3U. ducados depoſitados. Lo que tampoco ſe elide, con dezir que nada prueba la nota marginal, que dize 3U. ducados, por tener preſumpcion de averſe ſupueſto *ex eo quod* no eſtà inſerta en el cuerpo de el inſtrumento; porque ſe ha de hazer cargo, que el eſtàr ſacada la partida à el margen por guariſmo es, por ſer practico executarlo aſsi los Contadores, y ſi atiende à el prorrateo hallarà en el cuerpo de el inſtrumento la partida de los 3U. ducados, y que à eſtos tocaron 856. rs. y tambien, que la otra partida de 9U700. peſos, por que concurriò D. Joſeph de Villarreal en dicha Junta eſtà pueſta en la miſma forma, y toda la vez, que confieſſa la certeza de eſta partida, debe confeſſar la de la otra, por militar en ambas vna miſma razon. Y las doctrinas de *Luc. de iudic. diſc. 26. n. 16. & de dote diſc. 217. n. 2. & de regalib. diſc. 60. n. 7.* Solo prueban, que ſe tiene por ſoſpechoſo aquello, que ſe halla en el inſtrumento ſubſcripto, ò en que ay alguna emmienda, ò ſuperaddicion, que no eſtà ſalvada de el Notario, por lo qual no tienen lugar, para diminuìr la fee de el Contador, que conforme à el eſtilo ſacò eſta partida por guariſmo.

76. De todo lo qual reſulta, que no ſolo no ay acto, en que el Hoſpital aya aprobado el depoſito, ſino que ay repetidas confeſsiones de el Capellan, y Albacea de correr eſte de ſu cuenta, diziendo, que ſacarìa el dinero depoſitado, y concurriendo por èl en la Junta de Acreedores de la Caxa de Morales;

lo que se corrobora; de que aviendose graduado el Concurso, por aver yà entonces sucedido la decoccion de la Caxa, no han pedido se les otorgue la Escriptura de redempcion, siendo asi, que antes de la perdida de el deposito, y de la graduacion avia pedido el Albacea se substanciasse el Concurso, para que se le otorgasse dicha Escriptura, y necessitandose esta, para la seguridad de la Huerta, no ay duda la huvieran solicitado, à no conocer, que siendo el deposito de su cuenta, no podian obligar à el Hospital à el otorgamiento de dicha Escriptura.

77. Todo lo dicho procede en caso de que verdaderamente se huviera hecho el deposito, pero hasta aora no consta de èl, mas que por el papel de Don Gabriel de Morales, y Compañia, que como confession sola de el Depositario prueba solamente en su perjuyzio, y no de tercero. *Dom. Valenz. Velasq. cons. 67. n. 46.* Ibi: *Nec obstabit dicere, quod depositum reale etiam per confessionem probatur, quia hoc solum procedit, quando agitur de probando deposito in præiudicium confitentis, non quando agitur in præiudicium tertij, quo casu non probatur per confessionem. Et n. 48.* Ibi: *Vbi talis confessio non habetur pro solutione in præiudicium tertij. Canc. 3. part. var. cap. 8. n. 4. Mosc. de prob. concl. 510. n. 3. Matienz. in leg. 9. tit. 11. Gloss. 4. lib. 5. recop. n. 6. Giurb. decis. 87. n. 35. Hermos. in leg. 5. tit. 3. partit. 5. Gloss. 5. n. 2.* Y asi como deposito que no està probado, y consta solo por la confession de el Depositario, no puede con èl satisfacerse, ni para la redempcion de el Censo, ni paga de el precio, en que se rematò la Huerta, y no probado en perjuizio de el Hospital, que es vn tercero, si se perdiò, no puede ser de su cuenta.

78. Y sobre todo, siendo la duda de este pleyto, si el Censo quedò redimido, y de cuya cuenta ha de ser el riesgo de el deposito: en quanto à lo primero, ademàs de lo que và fundado, es de tener presente, que vnicamente, con quien contratò el Albacea, fuè con D. Juan Antonio Zambrano, Administrador, que fuè de dicho Hospital, quien, aun no siendo parte para ello, consta de su papel de 30. de Agosto de 702. de que ay testimonio (fol. 288.) averse obligado à otorgar la Escriptura de redempcion, pagandole lo restante à el principal, y reditos; Con que fuè vn contrato condicional, y mientras no llegò el caso de que el Albacea pagasse el principal, y reditos, no se pudo tener el Censo por redimido. Y en quanto à lo segundo, es de notar, que el Albacea no desembolsò el dinero, que dize deposito

ſitò en la Caxa de Morales, ni por razon de la compreda de la Huerta, ni de la redempcion de el Cenſo, pues como conſta de el vale, de dicha Caxa (fol.284. B.) en 9. de Enero de 1700. ſe obligò à pagar à dicho Manuel Diaz de Roxas 18U. ps. y de eſta cantidad ſe baxaron los 3U. ducados, de que dicha Caxa diò papel de depoſito en 7. de Septiembre de 1702. como conſta de el teſtimonio; (fol.285.B.) Y aſsi no ſe puede conſiderar averle acaecido la perdida à la diſpoſicion, y Albacea, por razon de el referido depoſito, pues eſte peligro lo tenia deſde el año de 1700. y avia de experimentar aquella quiebra, como la experimentò en los 9U700. ps. que le quedaron en dicha Caxa, por lo qual no ha de ſer de cuenta de el Hoſpital la perdida de el dinero, que no ſe depoſitò, para fin de redimir ſu Cenſo.

79. Lo miſmo, que oy pretende el Hoſpital de la Sangre, ſolicitò en eſtos Autos el de el Amor de Dios, y obtuvo en viſta determinacion de V. S. en que le mandò adjudicar las tierras de ſu Cenſo, y por averſe allanado deſpues à reconocerlo el Capellan, y Albacea, ſe declarò en Reviſta cumplian con eſte allanamiento, como conſta de el hecho referido en los num. 5. y 6. y teniendo aquel caſo omnimoda conveniencia con el preſente, y concurriendo en eſte el aver probado, ſer el cenſo emphyteutico, lo que alli ni aun ſe alegò, no tiene razon el Capellan, para ſeguir eſte pleyto, teniendo contra sì ſu miſmo allanamiento, y deciſsion de V. S. pues debe comtemplar la miſma, por militar la miſma razon, *quia vbi militat eadem ratio, idem ius ſtatui debet. Ex l. illud 32. ff. ad leg Aquil.* Ni ſe puede dàr razon de diſparidad *ex eo*, que el Procurador de el Hoſpital de el Amor de Dios tenia yà rebocado el poder, à el tiempo de el remate de la Huerta, y de la condicion, con que hizo la poſtura el Albacea de Roxas, de aver de quedar redimidos los tributos perpetuos; porque lo miſmo es, que aquel Procurador no tuvieſſe poder, que no ſer ſuficiente, para conſentir la redempcion, y depoſito el que tenia èl de el Hoſpital de la Sangre, que como và fundado en el num. 70. por mas general que fueſſe, no era ſuficiente, para lo que ſe trataba.

80. Es muy de el aſſumpto la citada *diſput.* 19. de el *Sr. Larr.* en que pregunta, ſi el rieſgo de el dinero depoſitado por vn deudor de cenſo por mandado de Juan, aviendo denunciado, para hazer el depoſito à el Procurador de el Acreedor, que tenia poder con libre, y general adminiſtracion, en que acaeciò

baxa

baxa de moneda, deba ser de cuenta de el Deudor, ò del Acreedor? Y fundando desde el num. 8. que debia ser de cuenta de el deudor, refiere à el num. 13. averse decidido asi en la Real Chancilleria de Granada. Ibi: *Senatus reum creditorem, qui conveniebatur à debitore absolvendum decrevit, & census redemptionem ex prædicta obsignatione locum non habuisse, vnde consequenter periculum diminutionis debitorem contingere.* Cuya decision no se necessita adaptarla, quando de ella misma se reconoce, comprueba todo lo dicho y si son de notar las circunstancias, que alli concurrieron, que faltando en este caso se haze mas precissa la nullidad de el deposito, y que su riesgo es de cuenta de el deponente. La primera fuè, que para hazer el deposito, fuè citado el Procurador de el Acreedor, lo que acà no se hizo con el de el Hospital. La segunda, q̃ aquel Procurador tenia vn poder tã amplio, que podia hazer todo aquello, para que se requerìa la presencia de la misma parte, y poder especial, como lo refiere el *Sr. Larr. n. 1.* Ibi: *Ita vt faciat, quod ille ipse posset, quamvis eius qualitatis existat, vt requirat speciale mandatum, aut creditoris præsentiam, nam illud præstat mandatum cum libera, & generali administratione.* Y èl de el Hospital solo tenia vn poder, para pleytos, y sin la clausula de libre, y general administracion. Y la tercera, que alli se trataba de redimir vn censo redimible, à que no se podia oponer el Acreedor, y solo porque este no consintiò en el deposito en determinada persona, aunque si su Procurador con tan extenso poder; se declarò su nullidad; Y el Censo de el Hospital es emphyteutico incapàz de redimirse, que aunque se quiera juzgar reservativo perpetuo, es menester para su redempcion el expresso consentimiento de el Acreedor, con las demàs solemnidades, que và fundado, (que vno, y otro faltò) y solo en este caso se le puede obligar à recebir el principal, que aunque fuesse el de el pleyto, ni consintiò, ni fuè citado para el deposito; con que ni quedò redimido este Censo, ni la pèrdida de el deposito debe ser de cuenta de el Hospital, y consiguientemente debe el Capellan, como Posseedor de la Huerta, reconocerselo, y pagarle sus reditos. *Ex quibus omnibus*, asi lo espera el Hospital. S. V. D. D. C. Sevilla, y Marzo 30. de 1726.

Lic. Don Pedro Pelaez de Valdivia y Bargas.